Münster.1929.№ 18a Jur. Diss.

Das Erbbaurecht des Bauvereinsmitgliedes

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster i. W.

von

Hans Schroeder

Düsseldorf

1929

BUCHDRUCKEREI MAX WELZEL

KÖLN-KALK

Referenten: Geh. Justizrat Prof. Dr. Heinrich Erman,
Professor Dr. Hans Kreller.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

I. Das Untererbbaurecht .

Einleitung . . . . . S. 1

1. Seine praktische Bedeutung und Verwendbarkeit . . . . . „ 3

2. Die Zulässigkeit des Untererbbaurechts nach der Erbbau R. V. . . . . „ 14

3. Die Frage einer Aenderung der Gesetzgebung im Punkte des Erststelligkeitserfordernisses für Erbbaurechte . . . „ 24

4. Gestaltung des Erbbauvertrages mit einem gemeinnützigen Bauverein auf der Grundlage der Erbbau R. V. . . . . „ 27

II. Kann nachträglich ein Dritter (Bauvereinsmitglied) Erbstätter der Genossenschaft werden, wenn der Erbbauvertrag keine dahingehende Vorsorge trifft? . . . . . „ 36

Materialien . . . . . „ 41

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555425_0057

Einleitung.

Die schwierige Arbeit, die sich mir aus dem Auftrage einer Wohnungsfürsorgegesellschaft ergab, eine für den praktischen Gebrauch geeignete Rechtsform vorzuschlagen, in der die Mitglieder eines Bauvereins Erbstätter werden könnten, — nicht bloße Mieter der Genossenschaft, — hat mir volle Klarheit gebracht: Nur das Untererbbaurecht, d. h. das Erbbaurecht am Erbbaurecht, kann in der gemeindlich-genossenschaftlichen Erbbaupraxis als das ideale Erbbaurecht des Bauvereinsmitgliedes angesprochen werden. Nur durch diese Rechtsform hindurch kann dem Einzelnen, dem Bauvereinsmitglied, der Weg zum Recht der Erbbauverordnung vom 15. Januar 1919 (RGBl. S. 72 ff) eröffnet werden, können ihm oder seinem Rechtsnachfolger ihre ideellen und materiellen Vorteile in geeigneter Rechtsform zu Nutze gemacht und dauernd bewahrt werden. (I, 1 dieser Abhandlung).

Die hierzu erforderliche Belastung eines EB-Rechts mit einem weiteren EB-Recht (für das einzelne Mitglied der juristischen Person) ist nach geltendem Recht nicht unzulässig. (I 2), doch war festzustellen, daß zur Zeit mehrere (Unter-)EB-Rechte an einem (Ober-)EB-Recht nicht bestellt werden können. Die Gestaltung eines Erbbauvertrages mit einem Bauverein mußte diesem Umstand, dessen etwaige Beseitigung nur im Wege der Reichsgesetzgebung erfolgen könnte, (I, 3) anzupassen versucht werden (I, 4). Als das empfehlenswerte Normalverfahren bei Abschluß von Erbbauverträgen zwischen Gemeinden und Baugenossenschaften, die demnächst ihre Mitglieder in EB-Recht ansiedeln wollen, war dabei zu empfehlen, daß vor oder bei Abschluß des Erbbauvertrages sogleich eine Grundstücksparzellierung vorgenommen wird und seitens der Gemeinde ebensoviele Einzelerbbaurechte ausgegeben werden, als voraus-

sichtlich Untererbbaurechte begründet werden sollen. In einem zweiten Teil der Abhandlung wird jedoch nachgewiesen, unter welchen Voraussetzungen Dritte (Bauvereinsmitglieder) auch dann Erbstätter werden können, wenn der Erbbauvertrag zwischen Grundeigentümer (Stadtgemeinde) und Baugenossenschaft die Begründung von Untererbbaurechten noch nicht oder nicht vollständig vorbereitet hatte. Denn nicht in allen Fällen mag sich schon bei Abschluß des Erbbauvertrages übersehen lassen, ob und in welchem Umfang demnächst Untererbbaurechte zur Ausgabe gelangen sollen.

I. Das Untererbbaurecht.

1. Seine praktische Bedeutung und Verwendbarkeit.

Auf ein Erbbaurecht finden nach der Erbbau-R. V. die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften der Reichs- und Landesgesetze grundsätzliche und entsprechende Anwendung (§ 11 Abs. 1 V.O.). Das Recht kann danach mit Liegenschaftsrechten aller Art belastet werden[1]), soweit sich nicht aus der Verordnung ein anderes ergibt. Diesem Grundsatz entspricht es, wenn ein sogenanntes Untererbbaurecht, d. h. ein am bestehenden Erbbaurecht begründetes, im Erbbaugrundbuch[2]), Abteilung II[3]) einzutragendes, echtes Erbbaurecht (§ 1. V.O.) von seinen Anhängern[4]) für zulässig gehalten und für die praktische Anwendung beim Kleinwohnungsbau empfohlen wird.

Trotzdem wird die Zulässigkeit des „Erbbaurechts am Erbbaurecht" bezweifelt. Eine in der Erbbauliteratur und

---

[1]) Vergl. M. Wolff, Sachenrecht 1926, § 104, IV (Kleindruck).

[2]) Ein besonderes Grundbuchblatt ist jetzt von Amtswegen bei Begründung des EBR. anzulegen (§ 14, 1, V. O.) und gilt jetzt für das EBR. als Grundbuch im Sinne des BGB. und der Grundbuchordnung.

[3]) Die Eintragung von Erbbaurechten (am Grundstück) erfolgt gemäß § 1 preuß. allgem. Verfg. vom 25. März 1919 (I. M. Bl. S. 138 ff.) in Spalten 1—3 der 2. Abteilung des Grundbuches des Grundstückes. Da das (Bestandsverzeichnis 2 und) die Abteilung 1—3 des Erbbaugrundbuches entsprechend den für Grundstücke gegebenen Vorschriften auszufüllen sind (§ 4 Abs. 2 preuß. allgem. Verfg.), erfolgt die Eintragung des EBR. am EBR. entsprechend in Abteilung 2 Spalte 1—3 des Erbbaugrundbuches.

[4]) Erman, „Das Untererbbaurecht" im Archiv für die Civilistische Praxis N. F. Band VI, Heft 2. Derselbe, „Das Untererbbaurecht" im Deutschen Wohnungsarchiv 1926, Heft 14. Derselbe erstmalig in „Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau" Münster 1907, S. 6 ff. Biermann, Sachenrecht (1903) zu § 1017 A. 2c, Glass-Scheidt Erbbaurecht, 1919, S. 17, S. 102; Kretzschmar Erbbaurecht 1919 zu § 11, Planck, 1907, § 1017 A. 2a.

Kommentaren überwiegende Meinung hält dafür, daß Erbbaurechte nur an Grundstücken möglich seien und ausnahmsweise eine grundsatzgemäße Anwendung des § 1 Erbbau-R.V. auf ein bestehendes Erbbaurecht nicht stattfinden könne.

In diesem Widerstreit bejahender und ablehnender Stimmen kann die Minderheit den Anspruch erheben, die bisher völlig verkannte und teilweise ausdrücklich[1]) geleugnete praktische Notwendigkeit und Bedeutung eines „Erbbaurechts am Erbbaurecht" erkannt zu haben. Das Untererbbaurecht entspricht einem Bedürfnis der Erbbaupraxis. Der Fall, für den in England die „underlease" gang und gebe ist und für den auch bei uns immer wieder ein Untererbbaurecht gewünscht wird[2]), ist nach Erman[3]) folgender: „Ein Eigentümer ausgedehnter Gelände, bei uns vor allem eine Gemeinde, gibt 20 ha in EBR., auf 90 Jahre gegen einen nach der Fläche bemessenen Erbbauzins zur Errichtung von 80 Einfamilienhäusern mit je 100 qm Grundfläche und rund 400 qm Garten, etwa an eine Genossenschaft. Die Einzelnen sollen aber die Häuser selbst errichten und finanzieren, da der Genossenschaft die dazu nötigen Mittel fehlen. Um dies zu erreichen, kann die Genossenschaft ihr eigenes Erbbaurecht parzellenweise übertragen und weitergeben. Oft möchte aber die Gemeinde gerade nicht mit 80 Einzelnen zu tun haben, sondern nur mit einer Genossenschaft, an deren Verwaltung sie etwa Teil hat. Das ist ein sehr häufiger und sehr begreiflicher Wunsch, der sich bekanntlich genau so schon in der mittelalterlichen Ostlandsiedlung betätigte. Aber auch die Genossenschaft will selbst oft genug nicht ganz ausscheiden, sondern ihre etwa eigenartig bestimmten Gesamtziele weiter verfolgen und ein Heimfallsrecht behalten. Was dann? Die Genossenschaft könnte die Teilstücke durch Vermietung oder Verpachtung ausgeben, aber diese sind nur auf 30 Jahre festzumachen (§ 567 BGB.) und sie gewähren keinen Realkredit. Eine befriedigende Lösung liegt hier nur in der Bestellung eines Untererbbaurechtes. Es sichert dinglich und für die ganze Vertragsfrist; es erschließt die Kreditquelle des Grund-

[1]) So u. a. von Kober—Staudinger zu § 11 (1926): „Ein-EBR. an einem EBR." ist nicht zulässig, — praktisch hat diese Frage wohl überhaupt keine Bedeutung. Palandt, Gruchots Beitr. S. 64, S. 185 ff., auch Glass-Scheidt Erbbaurecht S. 102, trotz Bejahung der Zulässigkeit.

[2]) Vgl. neuerdings „Der Kleinwohnungsbau" (Volksvereinsverlag M. Gladbach) S. 250, § 5 des dort aufgestellten Erbbauvertragsformulars betreffend die Bestellung eines EBR. für die Baugenossenschaft lautet: „Die Baugenossenschaft ist berechtigt, Untererbbauverträge zu schließen."

[3]) Vgl. Erman, „Das Untererbbaurecht", in Arch. f. d. Civ. Praxis N. F. 6. Bd. Heft 2. S. 221.

buchs und läßt die bestehenden Rechtsbeziehungen zwischen Grundeigentümer und (Ober-)Erbstätter unberührt. Die Genossenschaft, die an den 20 ha ein Erbbaurecht dahin hat, je 500 qm mit einem Einfamilienhaus auf $^1/_5$ der Fläche und mit Garten und Hof auf den Rest zu besetzen, gibt diese ihre Befugnisse weiter durch Bestellung eines Untererbbaurechts an den einzelnen Teilstücken mit den gleichen oder auch beliebig veränderten Erbbauabreden im Rahmen ihrer eigenen Befugnisse". Der Fall belehrt darüber, daß bei Ausgabe von Erbbauland aus Gemeinde- oder Kirchenbesitz gewöhnlich beide Erbbauvertragsparteien daran interessiert sind, daß die Baugenossenschaft nicht ganz aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet, sondern als Zwischenglied zwischen der Gemeinde und den Einzelnen während der Dauer des Erbbaurechts beim Erbbauvertrag stehen bleibt. Unter diesen Umständen, die für das Zustandekommen von Erbbauverträgen zwischen Gemeinden und Genossenschaften vielfach ausschlaggebend sein werden, erscheint das Untererbbaurecht vom praktischen Standpunkt als das gegebene Erbbaurecht des Bauvereinsmitgliedes. Erbstätter und Eigenhausbesitzer kraft Erbbaurechts könnten die Mitglieder des Bauvereins zwar auch dadurch werden, daß eine Teilung des Erbbaurechts zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern vorgenommen wird, sodaß die Genossenschaft als Teil- oder Miterbstätter beim Erbbauvertrag stehen bleibt. In diesen Formen der Teil- oder Mitberechtigung könnte jedoch den obwaltenden Interessen und besonderen sozialen Aufgaben der vertragschließenden Körperschaften im gemeindlich-genossenschaftlichen Erbbaurechtsverhältnis nicht in der wünschenswerten Weise Rechnung getragen werden. Zwar würde das von der Gemeinde vertretene Interesse, daß diese nicht mit zahlreichen Einzelsiedlern zu tun haben will, sondern nur mit der einen Genossenschaft, wenigstens in der m. E. praktisch wichtigsten Frage der Erbbauzinsbeitreibung in etwa gewahrt werden können, wenn die Genossenschaft sich bei der Teilung des EBR. einen Restteil vorbehalten würde, in diesem Falle würde nämlich hinsichtlich der Erbbauzinsleistungen in entsprechender Anwendung der Reallastvorschriften (§§ 1105 ff BGB. in Verbindung mit § 9, 1 Erbbau-RV.) angenommen werden können, daß die einzelnen Teil-Erbstätter für die fällig werdenden Erbbauzinsleistungen auch persönlich und zwar als Gesamtschuldner (§ 421 BGB.) haften würden. (§ 1108 Absatz I und Absatz II BGB.). Die Gemeinde als Erbbauzinsberechtigte würde dann nicht notwendig mit den einzelnen Teilerbstättern zu verhandeln

brauchen, sondern die Leistungen im Gesamtbetrage von einem der Beteiligten fordern können, etwa von der Genossenschaft. Die Genossenschaft könnte zunächst als Zahlstelle für die Reallast-Einzelleistungen aus den Teil-Erbbaurechten vereinbart werden, derart, daß der Genossenschaft Einziehungsermächtigung hinsichtlich der Zinsbeträge erteilt würde[1]); auf Grund der persönlichen Haftung könnte dann diese Zahlstelle, wenn sie als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden kann, nicht nur zur Entgegennahme und Weitergabe bei ihr eingehender Beträge, sondern auch zur Leistung des vollen Gesamtbetrages des von den Teil-Erbstättern geschuldeten Erbbauzinses verpflichtet sein. Immerhin läge darin, wenigstens für die Zinsbeitreibung, eine vielleicht annehmbare Möglichkeit zur Befriedigung des gemeindlichen Interesses an vereinfachter Geschäftsführung. Doch hätte ein solches Verfahren für die Genossenschaft natürlich gar kein Interesse, wenn ihr im übrigen infolge Veräußerung des EBR. jeglicher Einfluß auf die Förderung und Wahrung des gemeinnützigen Zwecks der Erbbauausgabe oder des besonderen satzungsgemäßen Genossenschaftszwecks hinsichtlich der veräußerten Teilrechte entzogen wäre. Bei einer Realteilung des EB-Rechts im Wege der Abveräußerung einzelner Teile des EB-Rechts und nach Art der Veräußerung realer Grundstücksteile würde also ohne weiteres jede einzelrechtliche Beziehung zwischen Genossenschaft und Mitglied erlöschen. Die Mitglieder würden völlig selbständige Erbstätter der Gemeinde werden. Anders und erheblich günstiger

[1]) Im Sinne der praktisch häufigen Ermächtigung eines Dritten, eine dem Ermächtigenden verbleibende Forderung im eigenen Namen einzuziehen. An der Gültigkeit einer solchen, von Ennecceerus § 303 IV 2 des Schuldrechts, (S. 237 der 15.—17. Aufl.) sogenannten Einziehungsermächtigung ist nicht zu zweifeln. (Vgl. u. a. RGZ 94, 137). Für den Erbbauzins stellt sich die Einziehungsermächtigung als die einzig mögliche Form dar, in der ein Dritter mit der Einziehung der fällig werdenden Zinsleistungen betraut werden kann. Der eingetragene Erbbauzins ist stets Reallast (§ 9 Abs. I Erbbau RV) und zwar subjektiv — dingliche zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks. (§ 9 Abs. II VO.) Eine Abtretung der Ansprüche auf die einzelnen Zinsleistungen kann, soweit diese noch nicht fällig sind, nicht stattfinden. Auch die Abtretung der Erbbauzinsreallast als Ganzes ist gemäß § 1110 BGB. — unzulässig. Per argumentum e contrario ist aus diesem Sachverhalt zu schließen, daß allerdings eine Zession bereits fälliger Einzelleistungen möglich wäre. (Vergl. auch Glass-Scheidt, Kommentar zur Erbbau RV. zu § 9 Bem. II 2a, Seite 69a. Ende). Doch hätte solche Abtretung, die in jedem Falle erneut vorgenommen werden müßte, für die im Text behandelte Frage der Vereinfachung der Geschäftsführung bei der Erbbauzinsbeitreibung natürlich gar keine Bedeutung.

liegt in dieser Hinsicht für die Genossenschaft der Fall der ideellen Teilung des EBR. Bei ideeller Teilung des Genossenschafterbbaurechts würde der juristischen Person und den einzelnen Mitgliedern das EB. gemeinschaftlich zustehen. Neben dem körperschaftsrechtlichen Verhältnis würde ein einzelrechtliches, analog dem Miteigentum zu beurteilendes Gemeinschaftsverhältnis eintreten, welches man — dem Miteigentum entsprechend — als „Miterbbaurecht" bezeichnen könnte. In solchem Miterbbaurechtsverhältnis (§§ 11, 1 Erbbau-RV., §§ 1108 ff. BGB., §§ 741 ff. BGB.) würden zwar ebenso wie bei den Teil-Erbbaurechten mehrere Erbstätter mit weitgehend selbständigen Befugnissen auftreten, aber diese mehreren Erbstätter würden, wie beim Miteigentum, durch ein Gemeinschaftsband miteinander und mit der Genossenschaft verbunden sein. Es ließe sich daher beim Miterbbaurecht der Einfluß der Genossenschaft leichter aufrechterhalten, wenn nur im Innenverhältnis der Gemeinschaften die Verwaltung des „grundstücksgleichen" Erbbaurechts in zweckentsprechender Weise geregelt würde. Hierzu würde das Miteigentumsrecht des BGB. ausreichende Ausgangs- und Vergleichspunkte bieten. Die Verwaltung könnte dahin geregelt werden, daß sie in bestimmter Weise der Genossenschaft — in ihrer Eigenschaft als Miterbstätter — zustehen soll. Inhalt und Grenzen der Verwaltungsbefugnis könnten in einer dem sozial-wirtschaftlichen — und genossenschaftlich etwa eigenartig betonten — Zweck angepaßten Weise durch Stimmenmehrheit (§ 745 BGB.) festgelegt und die getroffene Bestimmung, damit sie auch gegen (wissende oder nichtwissende) Sondernachfolger wirken kann, als Belastung des Anteils im Erbbaugrundbuch eingetragen werden (§ 1010, 1 BGB. i. V. mit § 11, 1 Erbbau-RV.) [1]). Obwohl das Miterbbaurecht hiernach für die Wahrung der obwaltenden Interessen von Gemeinde und Genossenschaft keine unüberbrückbaren Schwierigkeiten zu bieten scheint und besonders die Genossenschaft an weiterer Einflußnahme auf die Erbstätter und an der Durchführung der gemeinnützigen-genossenschaftlichen Aufgabe nicht hindert, wird man trotzdem dem Untererbbaurecht den Vorzug vor dem Miterbbaurecht geben,

[1]) Für die Miterbstätter-Anteile werden keine besonderen Grundblätter (Erbbaugrundbücher) angelegt. Die mehreren Teilhaber werden im angelegten Erbbaugrundbuch angegeben. (§ 48 GO. i. V. mit § 11 1 RV.) Ein besonderes Grundbuch ist für das Miterbbaurecht nicht anzulegen, da Grundbuchblätter nur für besondere Grundstücke, nicht für ideelle Grundstücksteile, also auch nicht für Bruchteile eines EBR. anzulegen sind. (§ 3 GO i. V. mit § 11 1 Erbbau RV.)

denn das Untererbbaurecht schafft gar kein Erbbaurechtsverhältnis zwischen dem Grundeigentümer (Gemeinde) und den Einzelnen (Bauvereinsmitglieder). Insbesondere ist Erbbauzinsberechtigter (für das Unter-EBR.) die Genossenschaft. Im Rahmen des Untererbbauvertrages hat die Genossenschaft die beste Möglichkeit, für die Verwirklichung der allgemein-gemeinnützigen und satzungsmäßig-genossenschaftlichen Ziele und Zwecke Sorge zu tragen, ohne daß es aber dazu der Begründung eines neben dem körperschaftrechtlichen Verhältnis bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses und des Titels einer der Genossenschaft als Gemeinschafterin und Miterbstätterin durch Stimmenmehrheit übertragenen Verwaltungsbefugnis bedürfte. Das Untererbbaurecht erscheint daher als das gegebene Erbbaurecht des Bauvereinsmitgliedes, wenn man von den obwaltenden Lebens- und Wirtschaftsinteressen der Beteiligten ausgeht und nach einer geeigneten Rechtsform sucht, welche dem Bauvereinsmitglied die ideellen und wirtschaftlichen Gebrauchsvorteile der gemeindlichen Erbbauausgabe voll zukommen läßt, aber dabei die ebenfalls sehr beachtlichen Wünsche der Gemeinde (vereinfachte Geschäftsführung im gemeinnützig sozialrechtlichen Privatrechtsverhältnis) und der Genossenschaft (Wahrung und Förderung des Zwecks der Erbbauausgabe) gebührend und in einer für die Praxis des gemeindlich-genossenschaftlichen Erbbaurechts geeigneten Weise in Rechnung zu stellen sucht.

Dagegen hat die — zahlenmäßig überwiegende, — das Unter-EBR. ablehnende Meinung den Grundsatz der Grundstücksgleichheit des EBR. (§ 11 VO.) gegen sich und mußte sich den Nachweis gefallen lassen, daß die von ihr vollständig verkannte und teilweise ausdrücklich geleugnete praktische Notwendigkeit und Bedeutung des Unter-EBR. in einer für die Praxis des gemeindlich-genossenschaftlichen Erbbaurechts wohl schlechthin entscheidenden Weise gegeben ist. Im folgenden soll nun versucht werden, den Rechtsgrundsatz der Grundstücksgleichheit des EBR. und die weittragende sozialwirtschaftliche Bedeutung des aus diesem Grundsatz abgeleiteten Untererbbaurechts gegen die herrschende Meinung zu verteidigen. Den Anstoß hierzu bietet das Leben und seine praktische Forderung, daß das Erbbaurecht als betont sozialrechtliche Einrichtung in einer praktisch durchführbaren, mit den Interessen der Beteiligten vereinbarten Weise den Weg bis zu den Familien- und Einzelpersonen findet, denen die Rechts- und Wirtschaftsvorteile der Einrichtung in erster Linie zuge-

dacht sind. Denn das Erbbaurecht und der ihm zugrundeliegende superficiarrechtliche Gedanke der Bodenleihe ist um deswillen aus seinem Dornröschen-Schlaf im Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 1012 1017 BGB.) zu neuem Leben und zu neuen Aufgaben erweckt worden, daß vor allem den minderbemittelten Bevölkerungskreisen der Vorteil der Bodenleihe zu Eigenhauszwecken zugute kommen kann. Die Verordnung steht im Dienst des Heimstättengedankens. Vor der Reichsverfassung (11. Aug. 1919) entstanden und auf einen Entwurf aus kaiserlicher Zeit zurückgehend, trägt die Erbbau-RV. vom 15. 1. 1919 doch schon den wirtschaftspolitischen Stempel und sozialrechtlichen Einschlag des Verfassungsgesetzes und seines im Grundstücksrecht einschlägigen Art. 155[1]), zu dessen Verwirklichung die Baugenossenschaften wesentliches beitragen können. Freilich erschien die Aufgabe der gemeinnützigen Bauvereine, das Eigenhaus und Einfamilienhaus für einen größeren Teil der minderbemittelten Bevölkerungskreise zu erreichen, schon vor dem Kriege kaum mit Aussicht auf größeren Erfolg durchführbar und in der heutigen Zeit sind nach fachmännischem Urteil die Schwierigkeiten so groß geworden, daß „viele gemeinnützige Bauvereine gezwungen sind, zu einer Bauweise überzugehen, die sich von der „Mietskaserne" nicht mehr allzusehr unterscheidet."[2]) Die Aufgabe erscheint weniger erreichbar denn je. Aber kein Fortschritt der Technik, keine noch so weitgehende „Typisierung und Mechanisierung" der Baumethode und des technischen Hausbauvorgangs, wie sie zur Zeit mit Reichskredit seitens der „Reichsforschungsgesellschaft"[3]) unternommen werden, um eine rückschrittliche Entwicklung des Eigenhausbaus zu verhindern und dem Bauwesen neue Anregung zu geben, vermögen auch bei günstigen Ergebnissen in einem so bedeutenden Grade zur Verminderung der Gesamtkosten beim Eigenhausbau beizutragen, wie sich dies bei bloßem Gebrauch der Rechtsform des Erbbaurechts für den Erbstätter-Bauherrn infolge Fortfalls des

[1]) „Jedem Deutschen eine gesunde Wohnung und allen deutschen Familien, besonders den kinderreichen, eine ihren Bedürfnissen entsprechende Wohn- und Wirtschaftsheimstätte zu sichern" ist der auch der Erbbau RV. zugrundliegende Leitgedanke des Bodenreformartikels 155 der Reichsverfassung.

[2]) Liegenschaftsdirektor Heckner in seinem Referat auf der Festtagung des Rheinischen Vereins für Kleinwohnungswesen 1928.

[3]) „Reichsforschungsgesellschaft für Wirtschaftlichkeit im Bau- und Wohnungswesen", Sitz Berlin, gegründet 1927 (29. VI.) Versuchssiedlungen wurden seitens der Gesellschaft in Dessau, Frankfurt a. M. und Stuttgart in Angriff genommen.

Grundstückskaufpreises bei der Bodenleihe von selbst ergibt. Daher tritt das EBR. als ein besonders zeitgemäßes Mittel zur Förderung des Eigenhausbaus mehr und mehr in den Vordergrund und bietet vor allem den gemeinnützigen Baugenossenschaften eine Aufstiegsmöglichkeit, zu der ihre Gesamtentwicklung und ihre soziale Aufgabe drängt.

Leider hat die Erbbau-RV. in dem Bestreben, zur Förderung und Verbreitung des Erbbaurechts und des Eigen- und Einfamilienhauses in möglichst zweckentsprechender Form beizutragen, hierbei eine Anpassung des Erbbaurechts an die Belange der baugenossenschaftlichen Erbbaupraxis nicht versucht und in wesentlichen Punkten eine solche Anpassung behindert. Kann im folgenden die Bestellung eines EBR. an einem EBR. als nach der Erbbau-RV. statthaft festgestellt werden, soweit die Begründung eines einzigen EBR. am bestehenden EBR. in Frage steht, so ergibt sich doch leider aus der Erbbau-RV., daß mehrere Untererbbaurechte an einem und demselben (Ober-) EBR. nicht bestellt werden können. Vielmehr scheitert m. E. die gleichzeitige oder aufeinanderfolgende Begründung einer größeren Anzahl von Untererbbaurechten am bestehenden EBR. für eine größere Anzahl vorhandener Bewerber aus dem Kreise der Genossenschaftsmitglieder rettungslos an dem, aus Gründen der besseren Beleihungsfähigkeit des EBR. aufgestellten, sogenannten Erststelligkeitserfordernis des § 10 Abs. 1 VO. Dieses Erststelligkeitserfordernis ist zwingenden Rechts[1]) und gilt für die Bestellung von EBR. am EBR. ebenso wie für die Bestellung von EBR. an Grundstücken. Ein zweites, drittes oder weiteres Untererbbaurecht würde jeweils als nicht „erststellig" dem § 10 Abs. 1 Erbbau-RV. widersprechen. Es würde sich danach aus dem Gesichtspunkt des § 10 VO. ergeben, daß nur für ein einziges Mitglied[2]) eine unmittelbare Berechtigung

[1]) § 10 I Erbbau RV. lautet: „Das Erbrecht kann nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden. Rechte, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben außer Betracht."

[2]) Unbestritten. Stellt der Grundbuchrichter fest, daß dem EBR. andere Eintragungen im Range vorgehen, so hat er die Eintragung als inhaltlich unzulässig abzulehnen. (§ 18 GO) Fristsetzung zur Behebung des der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses hat hier praktisch keine Bedeutung. Wird ein EBR. versehentlich nicht an erster Stelle eingetragen, so ist das eingetragene Recht als inhaltlich unzulässige Eintragung von Amts wegen wieder zu löschen (§ 54 2bs. I, Satz 2 GO) Das Grundbuch ist unrichtig geworden, ein EBR. nicht entstanden, da die Erststelligkeit nach der Erbbau RV. materiellrechtliches Wesenserfordernis des EBR. ist.

am Genossenschaftserbbaurecht durch Untererbbaurecht erzielt werden könnte, dagegen müßte bei Vermeidung der Nichtigkeit auf die Bestellung weiterer Erbbaurechte in Anbetracht des Erststelligkeitserfordernisses Verzicht geleistet werden. Die Erbbau-RV. hat es als ihre Hauptaufgabe betrachtet, die Beleihungsfähigkeit des EBR. zu erhöhen[1]) und im Verfolg dieser Aufgabe größten Wert darauf gelegt, den Bestand des EBR. und damit den Bestand der Erbbauhypotheken bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks zu sichern. Diesem Zweck dient auch das Erststelligkeitserfordernis[2]). Ohne den § 10 VO. würden für den Rang des EBR. die §§ 879 BGB., 46 GO. gelten, d. h. der Rang würde durch den Zeitpunkt oder die Stelle der Eintragung im Grundbuch bestimmt; das EBR. würde also an einem Grundstück hinter voreingetragenen Rechten, insbesondere Hypotheken, bestellt werden können und in diesem Falle bei einer Zwangsversteigerung erlöschen, welche der rangvorberechtigte Gläubiger betreibt. Mit dieser Vorschrift wird die Beleihungsfähigkeit des EBR. zweckmäßig gewahrt und gefördert, es ist aber nicht zu verkennen, daß sie der Verbreitung und Förderung des EBR. durch Erschwerung der Erbbaupraxis unter Umständen ebensoviel schadet, wie sie ihr durch Erhöhung seiner Beleihungsfähigkeit nutzen kann. Nach geltendem Recht ist jedoch damit zu rechnen, daß sich der mit der Einführung des Untererbbaurechts beabsichtigte Zweck nach der Erbbau-RV. nicht auf die einfache und gefällige Art erreichen läßt, daß ein größeres Gelände in einheitlichem Erbbaurecht an eine Genossenschaft ausgegeben wird und die Genossenschaft nun ihren Mitgliedern an diesem Grundrecht ungehindert und unbeschränkt Erbbaurechte bestellen kann. Sollte eine solche unbeschränkte Berechtigung zahlreicher Genossenschaftsmitglieder am ungeteilten EBR. der juristischen Person möglich werden, so wäre zu diesem Zweck eine Aenderung der Erbbau-RV. unumgänglich. Die Praxis muß sich daher damit abzufinden und zu helfen suchen, daß nach dem derzeitigen

---

[1]) Vgl. hierzu „Begründung zur VO. über das Erbbaurecht" abgedruckt im Bericht über die am 15. 1. 1919 im Landeshause zu Berlin abgehaltene Beratung über dringende Maßnahmen auf dem Gebiet der Wohnungsfürsorge", Seite 128 ff.), Allgemeine Einleitung, Seite 130 a. E. „Das Hauptgewicht (für die Neuregelung des EBR. in materiellrechtlicher Hinsicht) ist auf die Hebung der Marktgängigkeit und Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts zu legen."

[2]) Vgl. Begründung zur VO. a. a. O. S. 143 zu § 10 „Die Vorschrift, daß das EBR. nur zur ersten Rangstelle im Grundbuch eingetragen und daß sein Rang auch nachträglich nicht geändert werden kann, bildet eine der wichtigsten Grundlagen für die Beleihbarkeit des Rechts."

Stande der Gesetzgebung nur ein EBR. im Grundbuch und folgeweise auch nur ein Unter-EBR. im Erbbaugrundbuch erscheinen darf. Immerhin kann aber das danach nur begrenzt bestellbare Untererbbaurecht m. E. noch durchaus die ihm zugedachte, praktisch wichtige Rolle eines „EBR. des Bauvereinsmitgliedes" spielen, wenn nur das Erbbaugelände derart in Parzellen aufgeteilt wird, daß zunächst vor Begründung des EBR. das Grundstück aufgeteilt wird und dann auf jeder einzelnen Grundstücksparzelle ein entsprechendes EBR. für die Genossenschaft zur Eintragung gelangt. An diesen mehreren Genossenschaftserbbaurechten kann dann unbedenklich nach Bedürfnis je ein Unter-EBR. für die Mitglieder der Genossenschaft bestellt werden. Die Notwendigkeit der Grundstücksteilung und der Begründung zahlreicher Einzelerbbaurechte bringt natürlich eine unliebsame Erschwerung der Erbbaupraxis mit sich, die ohne das Erststelligkeitserfordernis des § 10 Erbbau-RV. nicht gegeben wäre. Die Parzellierung ist indes eine gerade dem Kleinwohnungsbau geläufige Erscheinung, da das Kleinhaus gewöhnlich — einschließlich Hof oder Garten — nur eine verhältnismäßig kleine Grundfläche beansprucht, die für die Veräußerung nicht selten erst im Wege der Abschreibung von einem größeren Grundstück gewonnen werden muß. Die neben der Abschreibung noch erforderliche Eintragung der Erbbaurechte, d. h. der Anlegung zahlreicher Erbbaugrundbücher ist allerdings ein gründliches Novum; doch hat die Notwendigkeit der Anlegung zahlreicher besonderer Erbbaugrundbücher andererseits den beachtenswerten Vorteil, daß nicht in ein- und demselben Erbbaugrundbuch zahlreiche Unter-Erbbaurechte und womöglich noch mehrere „Unter-Unter-Erbbaurechte" erscheinen können, von denen jedes wieder wie ein Grundstück belastet und zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung gemacht werden könnte! Das Bild der Grundbucheintragungen wird also infolge des Erststelligkeitserfordernisses keineswegs ein komplizierteres. Es wird im Gegenteil der Vorteil größerer Einfachheit erzielt, denn je ein Grundstück kann danach nur ein ErbBR. und je ein EBR. immer nur ein Untererbbaurecht tragen; dementsprechend sind die Eintragungen zwar zahlreicher, aber die geschehenen Eintragungen sind, wie die Rechtslage, einfach und übersichtlich. Nach der Seite der im Rahmen des gemeinnützigen Bauens immerhin wesentlichen Kosten- und Gebührenfrage, für welche die Anzahl der erforderlichen Abschreibungen und Eintragungen mitbestimmend ist, dürfte eine Erschwerung der Erbbaupraxis durch das Erststelligkeits-

erfordernis und die damit verbundene Notwendigkeit, das Grundbuchamt für die Erledigung einer größeren Anzahl von Anträgen in Anspruch zu nehmen, in den seltensten Fällen eintreten, da im Rahmen des gemeinnützigen Bauwesens weitgehend Kosten- und Gebührenfreiheit vorgesehen ist [1]).

Eine wirkliche Erschwerung für die Erbbaupraxis bringt dagegen das Erfordernis des § 10 Erbbau-RV. insofern mit sich, als das geschilderte Verfahren einer Parzellierung der Erbbaufläche nicht in allen Fällen angewandt werden kann. Es versagt da, wo bei Abschluß des Vertrages zwischen Gemeinde und Bauverein ein Gesamtbebauungsplan hinsichtlich des aufzuteilenden Geländes noch nicht vorliegt und nicht im einzelnen angegeben werden kann, ob und in welcher Art, Lage und Größe in Untererbbaurecht demnächst gebaut werden kann und wird. Der Wohnungsbau wird dadurch im Bereich des Erbbaurechts und der gemeindlich-genossenschaftlichen Erbbaupraxis gewissermaßen gezwungen, von vornherein Bebauungspläne für ein größeres Gelände aufzustellen und von diesem im Laufe der Erbbauzeit nicht abzuweichen. Es wird zwar im Verlaufe der Darstellung [2]) zu zeigen sein, daß immerhin die Möglichkeit besteht, auch nachträglich Untererbbaurechte an einem Gesamterbbaurecht zu bestellen, wenn dieses EB-Recht nachträglich in ebensoviele Erbbaurechtsparzellen (unter vorgängiger oder gleichzeitiger Grundstücksteilung) aufgeteilt wird, als Untererbbaurechte für die Bauvereinsmitglieder erforderlich werden. Doch setzt dieses theoretisch nicht unmögliche Verfahren nachträglicher Erbbaurechtsparzellierung nach der Erbbau-R.V. die Mitwirkung der Hypothekare am EB-Recht voraus, von deren Zurücktreten (!) hinter das am einzelnen Obererbbaurecht zu begründende Unter-EB.-Recht des Bauvereinsmitgliedes es abhängt, ob das spätere Unter-EB-Recht die erforderliche 1. Rangstelle einnehmen kann und wird [3]).

Im Ganzen kann man vielleicht schwanken, ob eine Aenderung der Gesetzgebung im Punkte des Erststelligkeitserfordernisses anzustreben ist. Auf der einen Seite scheint mir eine planmäßige Erbbau-Siedlung nach einem Gesamtbebauungsplan durch die Genossenschaften

[1]) Vgl. insbesondere § 8, 1 Nr. 5, Satz des Preuß. G. K. G. v. 28. X. 1922 (G. S. Seite 363), § 5, 1 f des Preuß. Stempel St. G. in der Fassg. des Gesetzes v. 27. X. 1924 (GS. Seite 627). Eine Zusammenstellung der einschlägigen Befreiungsvorschriften bietet die Schrift „Der Kleinwohnungsbau" III. Teil, S. 230 ff. 239 ff.

[2]) Vgl. Seite 36 dieser Abhandlung.

[3]) Vgl. Seite 31 dieser Abhandlung.

durchaus mit dem Untererbbaurecht auskommen zu können[1]). Auf der anderen Seite ist das Erststelligkeitserfordernis eine der stärksten Stützen der Beleihungsfähigkeit des EBR. Auf der Grundlage des geltenden Rechts ist ferner das Erbbaurecht grundbuchlich einfacher, wenn es auch zu einer Vielheit von Erbbaugrundbüchern führt. Immerhin wird für eine etwaige Aenderung der Gesetzgebung die Stellungnahme und Initiative der Praxis in der Frage der Durchführbarkeit einheitlicher Bebauungspläne und einer größeren Erbbausiedlung nach solchen, durch die Einigung der Parteien vorher festgelegten Plänen abgewartet werden müssen. Die Frage einer Aenderung der Erbbau-RV. wird zur Zeit auch aus anderen Gesichtspunkten erörtert[2]), sodaß der Zeitpunkt nicht fernliegen mag, wo man auch zur Frage einer Aenderung des Erststelligkeitserfordernisses Stellung nehmen wird. Von der größten Bedeutung für die Entscheidung dieser Frage ist es, Klarheit über die Frage der Zulässigkeit des Untererbbaurechts zu gewinnen.

2. Die Zulässigkeit des Untererbbaurechts nach der Erbbau-R.V.

Wie eingangs erwähnt, wird das Untererbbaurecht von seinen Anhängern aus dem Grundsatz der Grundstücksgleichheit des § 11 Erbbau-RV. abgeleitet, welcher die Belastung eines EBR. mit Liegenschaftsrechten aller Art gestattet. Von diesem Grundsatz ist nach unseren Feststellungen für das Unter-EBR. eine Ausnahme anzuerkennen, soweit die gleich-

[1]) Planmäßige Erbbausiedlung muß das Ziel der in Erbbaurecht bauenden Baugenossenschaft sein. Je mehr sich die Praxis diesem Ziele nähern wird, umso mehr wird sich das Untererbrecht als geeignet erweisen. Zur Zeit gibt es allerdings derartige Erbbausiedlungen nach festgelegtem, einheitlichem Bebauungsplan für eine größere Erbbaufläche noch nicht. Daher können im Anfang größere Schwierigkeiten entstehen.

[2]) Vgl. Erman, „Die Bestimmtheit des Erbbauzinses" im Deutschen Wohnungsarchiv v. Juli 1927, sowie im Westfäl. Wohnungsblatt 1927 Heft VI Seite 241 ff. Es wird Streichung des § 9 Erbbau RV. und Aenderung des § 19 vorgeschlagen. Auch lautet die neueste Wendung der auf eine Reform des Hypothekenwesens gerichteten Bestrebung: Revision der Erbbauverordnung, um dann mit einem revidierten Erbbaurecht als Vorbild und Rechtsgrundlage das System Liertz (Jahrbuch der Bodenreform 1926 Seite 1 ff.) praktisch durchzuführen. Vgl. auch Seite 34 ff. ds. Abhdlg. betr. Abänderung des § 33 Abs. I Satz 3 (Erlöschen des Untererbbaurechts beim Heimfall des Obererbbaurechts.)

zeitige oder aufeinanderfolgende Bestellung mehrerer EBR. an ein- und demselben EBR. in Frage steht. Diese Erkenntnis ließ uns das EBR. und seine praktische Verwendbarkeit in einem neuen Lichte erscheinen, verhinderte uns aber nicht an der Feststellung, daß das UEBR. in den durch das Erststelligkeitserfordernis des § 10 Erbbau-RV. gezogenen Grenzen noch praktisch Verwendung finden kann und daß man — auch ohne Gesetzänderung im Punkte dieses Erfordernisses anzustreben — sagen kann, daß im UEBR. die Zukunft der genossenschaftlichen Erbbaupraxis liegt. Wenngleich die praktische Verwendbarkeit durch das Erststelligkeitserfordernis in etwa eingeschränkt wird, besteht sie nach den obigen Ausführungen doch auch trotz dieses Erfordernisses in einer für die Belebung der genossenschaftlichen Erbbaupraxis vielversprechenden Weise. Jedenfalls ist es unmöglich, mit Palandt[1]) die Zulässigkeit des UEBR. deswegen zu bezweifeln, weil dieser Rechtsform für die Verwirklichung des Zwecks der ERB.RV. — möglichste Förderung und Verbreitung des EBR. — keinerlei Bedeutung zukomme. Es ist zwar nichts dagegen einzuwenden, wenn Palandt betont, daß die Grundstücksvorschriften nach § 11 Erbbau-RV. nur „entsprechende" Anwendung finden sollten und dieses „entsprechend" dahin gedeutet werden soll, daß eine den Zwecken der Erbbau-RV. entsprechende Anwendung der Grundstücksvorschriften stattzufinden habe. Nach den Aufschlüssen Ermans über die praktische Notwendigkeit und Bedeutung des Unter-EBR. kann man aber nur sagen, daß, wenn irgendeine Verbreitung und Förderung des EBR. in Zukunft möglich sein soll, gerade das Untererbbaurecht — als EBR. des Bauvereinsmitgliedes — hierzu wohl in erster Linie berufen ist, wenn auch allerdings im Rahmen seiner oben festgestellten, immerhin beschränkten Zulässigkeit.

Weiter konnte gelegentlich der Erörterung über die praktische Verwendbarkeit des UEBR. festgestellt werden, daß das Erststelligkeitserfordernis des § 10 Erbbau-R.V. eher geeignet ist, einer Verwirrung der Grundbucheintragungen und materiellen Rechtsverhältnisse vorzubeugen, als eine solche zu verursachen. Für das ältere EBR. des BGB. (§§ 1012—7) mochte die erstmalig von Wittmaack[2]) ausgesprochene Befürchtung, daß „die Zulassung von EB-Rechten an EB-Rechten — an welchen ersteren dann wieder EB-Rechte möglich sein würden — leicht zu einer großen Verwir-

[1]) Palandt in Gruchots Beitr. Bd. 64, S. 185 ff. Hierzu Erman a. a. O. S. 219.

[2]) Wittmaack a. a. O., Seite 149.

rung, zu einer Art gordischen Knotens von Rechten führen würde", nicht ganz unberechtigt sein. Das neuere Recht der Erbbau-RV. hat aber dafür gesorgt, daß mehrere EB-Rechte an ein und demselben Grundstück oder EB-Recht garnicht entstehen können. Bestehen bleibt nach dem neueren Recht nur die theoretische Möglichkeit, daß an einem Untererbbaurecht nochmals ein Untererbbaurecht bestellt würde und daß diese Unterberechtigung noch weiter — und ohne eine Grenze finden zu müssen — fortgesetzt werden könnte. Im Rahmen unseres Erbbaurechts besteht jedoch nicht die bei der englischen underlease hervorgetretene Gefahr [1]), daß diese theoretische Möglichkeit des „Weitergebens" der Erbbauberechtigung auch praktisch und mißbräuchlich unter Vereinbarung eines jeweils höheren Erbbauzinses — ausgenutzt werden wird [2]). Die als Ausgeber von Erbbaurechten auftretenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften, welche ihrerseits den Erbbauzins nach dem Grundsatz: „Gemeinwohl geht vor Fiskalität" und etwa nach dem Vorbild der für reichseigene Erbbaugrundstücke aufgestellten Leitsätze [3]) festsetzen, sowie die Genossenschaften als Ausgeber von UEB-Rechten haben zwar nicht die Möglichkeit, die Weitergabe des EB-Rechts oder des Untererbbaurechts im Erbbauvertrag von ihrer Zustimmung abhängig zu machen, denn die Belastung des EBR. mit EBR. kann nach der VO. nicht wirksam vertraglich eingeschränkt werden, weil eine dahingehende Durchbrechung des im § 137 BGB. niedergelegten Prinzips für die EB-Rechtsbelastung nicht vorgesehen ist [4]), praktisch kann aber der Erb-

---

[1]) Vergl. Pesl, Das Erbbaurecht (Leipzig 1910) S 51 ff.

[2]) Vergl. Erman, a. a. O., Seite 224/6.

[3]) Auf reichseigenem Boden wird nach Auskunft des Reichsarbeitsministeriums ein Erbbauzins v. 2 v. H. des Buchwertes des unbebauten Bodens, in besonderen Fällen — z. B. wenn das Reich als Arbeitgeber besonderes Interesse an der Bebauung einer Fläche hat — v. 1 v. H. erhoben. In den Fällen, wo dies zur Erreichung einer tragbaren Miete erforderlich ist (etwa 10 v. H. über die Miete gleichwertiger Altwohnungen) soll der Erbbauzins nachträglich bis auf 1 v. H. herabgesetzt werden dürfen.

[4]) Als „Inhalt des EBR." kann gemäß § 5 11 Erbbau RV. vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des EBR. mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast der Zustimmung des Grundeigentümers bedarf. Dagegen ist das (Unter-) Erbbaurecht nicht unter den ausdrücklich genannten Liegenschaftsrechten aufgeführt, deren Bestellung am EBR. an die Zustimmung des Grundeigentümers gebunden werden kann. Es gilt also § 137 BGB. wonach die Befugnis zur Verfügung über das veräußerliche EBR. (§ 1 Abs. 1 Erbbau RV.) durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.

stätter und der Untererbstätter ein (notwendig erststelliges) Unter-EBR. in der Regel nur unter Zustimmung seines Ausgebers (oder Obererbstätters) als Gläubigers des Erbbauzinses bestellen. Ein weiteres UEBR. kann daher vom Untererbstätter nur begründet werden, wenn die Genossenschaft mit ihrer regelmäßig an erster Stelle stehenden Erbbauzinsreallast (§ 9 EV.) den Vorrang einräumt. Ferner ist die Zustimmung der Genossenschaft praktisch unentbehrlich, wenn der weitere Untererbstätter im Falle eines, das Untererbbaurecht treffenden Heimfalls (§ 2 Ziffer 4, §§ 4 Erbbau-RV.) gegen die Gefahr des Erlöschens des weiteren Untererbbaurechts gesichert sein will. Gemäß § 33 Abs. 1 bleiben bei Ausübung des Heimfallsanspruchs durch den Eigentümer nur die Hypotheken und andere Wertrechte bestehen [1]), während „andere auf dem EBR. lastende Rechte erlöschen". Die Ausübung des Heimfallsanspruches bringt also auch das Untererbbaurecht zum Erlöschen. Will der Erbstätter seinen Untererbstätter, wie praktisch unumgänglich, gegen die beim Heimfall des (Ober-)EBR. drohende Erlöschensgefahr sichern, so bedarf es einer vormerkungsgesicherten Wiederherstellungsvereinbarung für den Fall des Erlöschens, also auch hier der Mitwirkung des Eigentümers. Im gemeindlichen genossenschaftlichen Erbbaurecht werden ferner die Genossenschaften, um eine Sicherheit für die Durchführung des gemeinnützigen Zwecks der Erbbauausgabe zu haben, als Inhalt des Erbbaurechts vereinbaren, daß eine mißbräuchliche Verwendung des EBR. den Heimfallanspruch begründen soll. Hierin liegt wohl die stärkste Garantie dafür, daß eine mißbräuchliche Bestellung von Untererbbaurechten nicht stattfindet. Es erscheint also auch nach dieser Richtung unangebracht, wenn die von Wittmaack für das ältere Erbbaurecht ausgesprochene Befürchtung einer Zerrüttung des Grundbuches durch EB-Rechte und Unter-EB-Rechte von einer größeren Anzahl von Schriftstellern aufrechterhalten wird.

Man würde gerade dem letzteren, nur formell-rechtlich begründeten Einwand gegen das Untererbbaurecht weitgehende Beachtung schenken, wenn in irgendeiner Beziehung

[1]) § 33 Erbbau RV.: „Beim Heimfall des Erbbaurechts bleiben die Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Reallasten bestehen, soweit sie nicht dem Erbbauberechtigtenn selbst zustehen. Dasselbe gilt für die Vormerkung eines gesetzlichen Anspruchs auf Eintragung einer Sicherheitshypothek sowie für den Bauvermerk (§ 61 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1901, Reichsgesetzbl. S. 449). Andere auf dem Erbbaurechte lastende Rechte erlöschen."

begründete Bedenken gegen die Einführung des Untererbbaurechts in das Grundbuch vorlägen und sich hüten, eine neuartige Rechtsform zu empfehlen, wenn deren Erscheinen im Grundbuch von katastrophaler — Unordnung und Unübersichtlichkeit erzeugender — Wirkung sein könnte. Aber nach der Erbbau-RV., insbesondere auf Grund der Erststelligkeit und zwingenden Einzahl des EBR. an Grundstück und grundstückgleichem Recht, ist die Einführung des UEBR. in das Grundbuch kein gewagter Versuch mehr, das materielle Recht überflügelt und antiquiert — unabsichtlich aber wirksam — diese Befürchtung, die Erman[1]) geradezu als den wohl eigentlichen und entscheidenden Grund der Gegnerschaft gegen das Untererbbaurecht bezeichnet, der sich hinter der vorgeschützten „Begriffswidrigkeit" nur versteckt.

„Begriffliche Unmöglichkeit" des EBR. ist nun die These und das Schlagwort der das Untererbbaurecht ablehnenden, herrschenden Meinung[2]). Wittmaack, der Begründer dieser These, behauptet[3]): Ein EBR. kann an einem EBR. nicht bestehen. Das EBR. ist das Recht, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben. (§ 1012 BGB.). Es kann also nur an einem Grundstück, nicht an einem Recht bestehen." Mit unwesentlichen Varianten wird bis in die neueste Literatur hinein der gleiche Gedanke zum Ausdruck gebracht[4]); es wird übereinstimmend betont, daß

---

[1]) Erman, a. a. O., Seite 225 Abs. V.

[2]) Ablehnend Günther, Erbbaurecht 1919, § 1 A 1, Güthe-Triebel, Grundbuchordnung 4, 1925, 2 S. 1775, Kober-Staudinger, 1926, zu § 11 EVA. 1 2c Maenner Sachenrecht 1906 § 33 A 1, Palandt, bei Gruchot 64, S. 189 (1920) Pesl, Belastung des Erbbaurechts 1907, S. 57 Predari, Grundbuchordnung 1907, § 7 A 2, Reichsgerichtsräte zu § 11 EV (1923) Reinhardt, Erbbaurecht 1901 S. 43 Samoje, Erbbaurecht 1919 § 1a, § 11 A. 14 unter Anerkennung eines Untererbbaurechts an Erbbaubestandteilen, Sieskind, Erbbaurecht 1919 § 11 B, Steinführer, Recht an Kellern 1906 S. 21 Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht § 1017 Beml. 2.

[3]) Wittmaack, a. a. O., Seite 148/9.

[4]) Vgl. z. B. Kommentar der Reichsgerichtsräte: 5. Auflage (1923) zum § 11 EV.: Ferner kann das EBR. nicht mit einem EBR. belastet werden, denn das EBR. setzt begrifflich voraus, daß ein Grundstück ihm als Baugrund dient — vgl. Motive III zu § 961 (-BGB. § 1012). (Die angeführten Motive lauten: „Dem EBR. ist im Vergleich mit dem ihm sonst am nächsten stehenden Dienstbarkeiten eigentümlich, daß für seinen Begriff eine bestimmte wirtschaftliche Art der Benutzung des Bodens — als Baugrund — wesentlich ist, während beiden Servituten eine gleichartige Beschränkung nicht gesetzt ist") Den Baugrund vermissen auch Güthe-Triebel, 4. Auflage (1925) II, S. 1775 D.

ein EBR. nach seinem begriffsmäßig festgelegten (§ 1 Erbbau-RV.) Inhalt ein Grundstück („Baugrund", „Oberfläche") benötige. Hieraus wird dann die Folgerung gezogen, daß ein EBR. nicht an einem EBR. und auch an keinem anderen — nach Maßgabe der Landesgesetze grundstücksgleichen — Recht bestellt werden könne, weil ein EBR. als ein nur der Vorstellungswelt angehöriges Gedankengebilde den begriffsmäßig erforderlichen Baugrund nicht darzubieten vermag [1]).

Dieser Beweisführung ist entgegenzuhalten, daß die Begründung eines EB-Rechts, dessen Nutzungsgegenstand (Oberfläche, Baugrund) kein Grundstück wäre, garnicht in Frage steht. Drittrechte auf reale Grundstücksnutzung, welche am EBR. und in der Sphäre eines EB-Rechts bestellt werden, schränken das (Ober-) EB-Recht dahin ein, daß es teil- oder ausschnittweise auf den Drittberechtigten übergeht. Der dritte, am EBR. beschränkt-dinglich Berechtigte erlangt infolge solcher derivativen Ableitung der Nutzungsbefugnis aus dem (Ober-)EB-Rechts-Inhalt ein Besitz- und Gebrauchsrecht (kein Erbbaurecht) am Erbbaugrundstück und zwar in dem vollen oder auch vertraglich eingeschränkten Umfang und in der Begrenzung, wie es, dem (Ober-)Erbstätter am Grundstück zusteht [2]). Wenn daher hinsichtlich des erforderlichen Baugrundes für ein (Unter-)EB-Recht Fehlmeldung dahin zu erstatten ist, daß dieser Baugrund bei dem Erbbaurecht nicht vorgefunden wird und nicht vorgefunden werden kann, so hindert dies doch nicht, ihn bei dem Grundstück aufzusuchen.

---

[1]) Das Recht als Gedankengebilde soll für unfähig erklärt werden, Baugrund darbieten zu können. Es läßt sich daraus schließen, wie die ablehnende Meinung sich die „entsprechende Anwendung" des § 1 VO auf ein bestehendes EB-Recht denkt. Sie müßte nach Ansicht der Gegnerschaft lauten: Ein EB-Recht kann (wie ein Grundstück) in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, daß veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des EB-Rechts (!) ein Bauwerk zu haben (abzulehnendes Untererbbaurecht)".

[2]) Dementsprechend würde unserer Auffassung nach die „entsprechende Anwendung", des § 1 Erbbau RV. auf ein bestehendes EB-Recht zu lauten haben: „Ein EB-Recht kann (wie ein Grundstück) in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung des EB-Rechts erfolgt, daß veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Erbbaugrundstücks ein Bauwerk zu haben (Unter-Erbbaurecht)."

Zur Begründung dieser, der ablehnenden Meinung gegenüberzustellenden Antithese sind wir nicht genötigt, zu der für das allgemeine Recht höchst zweifelhaften und für das Erbbaurecht gewiß am allerwenigsten zutreffenden Ansicht zurückzukehren, daß es Rechte am Recht nicht geben könne und daß überall da, wo die Gesetzgebung entsprechende Anwendung von Sachenrechtsvorschriften auf eine Nichtsache vorschreibt, diese Rechte zu Rechten an dem der Nichtsache unterworfenen Gegenstand „umzudeuten" seien[1]). Vielmehr ist von der im Erbbaurecht unbezweifelbar richtigen Vorstellung auszugehen, daß Vergleichsgegenstand für die Anwendung der Grundstücksvorschriften auf ein bestehendes Erbbaurecht das Recht als solches ist und daß diesem — für die Zwecke der Erbbau-RV. — eine formale Grundstückseigenschaft beigelegt ist[2]). Solche rein formale Grundstückseigen-

---

[1]) Auf den in der Literatur herrschenden Gegensatz der das Recht am Recht bejahenden und leugnenden Meinungen ist hier nicht einzugehen. Für das Erbbaurecht hätte es niemals zweifelhaft werden sollen, daß das Recht als solches die Belastung trägt. Während in sonstigen Fällen des Rechts am Recht (wie Nießbrauch und Pfandrecht am Recht gemäß BGB. §§ 1068, 1273) die entsprechende Anwendung von Sachenrechtsvorschriften im Verhältnis von Grundrecht und Drittrecht auf das letztere stattfindet, soll sie im Erbbaurecht auf das Grundrecht stattfinden. Dieses soll wie ein Grundstück behandelt werden. Danach kann es unmöglich zweifelhaft werden, ob das Erbbaugrundstück oder das Erbbaurecht „wie ein Grundstück" behandelt werden soll, denn es ist selbstverständlich, daß der Gesetzgeber nicht die Vorschrift erläßt, ein Grundstück solle wie ein Grundstück behandelt werden. Daher war es auch für das ältere und z. Zt. noch gemäß § 38 Erbbau RV. in gewissem Umfange gültige und praktische EBRecht des BGB. verfehlt, wenn teilweise angenommen wurde, daß auch im Erbbaurecht der eigentliche Gegenstand der Rechtsbelastungen das Erbbaugrundstück sein müsse oder sein könne. (So für das ältere Recht — Oertmann Archiv f. Bürg. R 20, 190 ff., Planck Anm. 1 zu § 1017, Staudinger Bemerkg. 1 zu § 1617 und die dort Zitierten). Für das neuere Recht der Erbbau RV. vergl. insbesondere Palandt: „Die Grundstückseigenschaft des EBR. (VO. v. 15. 1. 1919 in Gruchots Beitr. Bd. 64, Seiten 189 ff. und Erman a. d. O. Seiten 218/19, Hedemann-Sachenrecht, S. 232, § 187—8, S. 356, sowie Glass-Scheidt a. a. O., Seite 83, Bemerkg. 2 zu § 11 Erbbau RV.

[2]) Vgl. Martin Wolff § 104 des Sachenrechts: Das EBRecht ist Recht, nicht Sache, aber es wird nach § 1017 Abs. 1 BGB. und § 11 Erbbau RV wie eine Sache und zwar wie ein Grundstück behandelt. Es ist „juristischer fundus." Palandt a. a. O., Seite 189 betont, daß durch § 11 Erbbau RV. eine „rein formale Grundstückseigenschaft" des Erbbaurechts geschaffen sei.

schaft des EBR. kann aber nicht hindern, daß die materiellen Grundstückseigenschaften, welche die am EB-Recht bestellten Drittrechte nach ihrem Begriff und Inhalt verlangen, bei dem Erbbaugrundstück aufgesucht werden. Es muß vielmehr angenommen werden, daß das Erbbaurecht und das Erbbaugrundstück sich dahin ergänzen, daß zu der rein formalen Grundstückseigenschaft des „juristischen Fundus" die materielle des Grundstücks tritt und ein Recht am grundstückgleichen Recht zwar das grundstückgleiche Recht belastet, aber das Erbbaugrundstück körperlich in Anspruch nimmt. Und zwar drängt zu dieser Annahme die Tatsache, daß, wie unbestritten [1]) und praktisch selbstverständlich, Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten am EB-Recht bestellt werden können. Erklärt werden kann die Tatsache nur, wenn die auf reale Grundstücksnutzung gerichteten Rechte unbeschadet der formal-juristischen Grundstückseigenschaft ihres Grundrechts den Weg zum Erbbaugrundstück finden. Soweit diese Rechte auf die körperliche Inanspruchnahme eines Grundstücks in einer „einzelnen Beziehung" (vgl. §§ 1018, 1, 1090, 1 BGB.) gerichtet sind, genügt ihnen der nur formale Erbbaufundus nicht. Ergänzend muß das Erbbaugrundstück die Materie stellen, z. B. den Weg für die Wegedienstbarkeit, den Baugrund für die Baudienstbarkeit am EB-Recht. Will man also den § 11 Erbbau-RV. nicht in der etwas draufgängerischen Art Samojes [2]), in der ganz allgemeinen Beschränkung des anzuwendenden Normenkreises verstehen, daß am bestehenden EB-Recht grundsätzlich überhaupt keine, auf reale Nutzung eines Grundstücks gerichteten Rechte bestellt werden können, sondern lediglich Wertrechte, wie etwa Hypotheken oder Reallasten, so bleibt garnichts anderes übrig, als der hier vertretenen Auffassung beizutreten, daß die formale Grundstückseigenschaft des EB-Rechts durch die materielle des Erbbaugrundstücks zweckentsprechend ergänzt wird. Dieser Auffassung steht aber auch die Erbbau-RV. in keiner Weise entgegen. Die Trag-

[1]) Unzulässigkeit der Dienstbarkeiten am EB-Recht wird — mit einer noch zu erwähnenden Ausnahme — nicht behauptet. Im Gegenteil wird die Zulässigkeit der Dienstbarkeiten am EBRecht zum Teil ausdrücklich festgestellt (vgl. z. B. Wittmaack, a. a. O., Seite 149 für das ältere Recht und Sieskind, a. a. O., S. 61 zu §§ 11 Erbbau RV., Bemerkg. B. für das neuere Recht) M. Wolff (§ 104 IV Kleindruck) erwähnt die Grunddienstbarkeiten.

[2]) Samoje, a. a. O., zu § 11 Anm. 14 erklärt alle auf reale Grundstücksnutzung gerichteten Rechte am EBRecht (mit Einschluß des Untererbbaurechts) für unzulässig, soweit sie nicht auf die Nutzung von EB-Rechts-Bestandteilen abgestellt und beschränkt bleiben.

weite einer lediglich formalen Grundstückseigenschaft reicht nicht aus, um die Annahme zu rechtfertigen, daß der Erbbaufundus sich zwischen Erbbaugrundstück und Drittberechtigte am EB-Recht stellt und mit dem Anspruch auftritt, für alle vorkommenden Rechtsbeziehungen als die Sache und das Grundstück in Anspruch genommen zu werden, die keine fremde Sache neben sich dulden würde. Im Gegenteil verträgt die beigelegte formale Eigenschaft begrifflich eine Ergänzung durch die materielle eines realen Grundstücks. Und das darf und muß letzten Endes der entscheidende Grund für die Bejahung der Zulässigkeit des Unter-EB-Rechtes ebenso wie der sonstigen Realnutzungsrechte am EB-Recht sein, denn Ausnahmen von der Anwendbarkeit der sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften sind nur anzuerkennen, wenn und soweit sich aus der Erbbau-RV.-Verordnung oder etwa auch aus dem Gesamtzusammenhang des Erbbaurechts zwingende Gegengründe gegen eine grundsatzgemäße Anwendung einzelner Vorschriften ergeben[1]). Daher ist es unmöglich, die an sich richtige Feststellung, — daß EB-Rechte die begriffsmäßig für das „Haben eines Bauwerks" erforderliche Nutzfläche bei dem Erbbaurechtsfundus nicht antreffen, — im Sinne einer Verneinung der materiellen Zulässigkeit ausschlaggebend sein zu lassen, wenn neben dieser „Unmöglichkeit", in deren Behauptung sich alle ablehnenden Stimmen vereinigen, die „Möglichkeit" besteht, daß Drittrechte am EBR. den Weg zum Erbbaugrundstück finden.

Einer Konstruktion der Nutzungsrechte am EB-Recht stehen daher grundsätzlich keine begrifflichen Schwierigkeiten entgegen. Das Nutzungsrecht am EB-Recht erscheint als ein Fall unter Fällen des Rechts am Recht[2]). Wie man beispielsweise von dem am grundstücksgleichen und am nicht grundstücksgleichen Recht möglichen Nießbrauch mit M. Wolff sagen kann, daß er als Rechtsnießbrauch (§ 1068 BGB.) ein Recht an dem, dem Grundrecht unterworfenen Gegenstand ist, daß er aber daneben das Grundrecht selbst einschränkt und in diesem Sinne belastet[3]), so kann man

[1]) „Soweit sich nicht aus dieser Verordnung ein Anderes ergibt" (11 I Satz 1, 2. Halbsatz) sollen die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften auf ein bestehendes Erbbaurecht ausnahmslos Anwendung finden.

[2]) Im gleichen Sinne Hedemann, Sachenrecht § 4 II a. E. (S. 37 Abs. 3 und 4).

[3]) Vgl. die Konstruktion des Rechtsnießbrauch bei Wolff § 120 I (Kleindruck) des Sachenrechts (Seite 398). (15.—17. Auflage).

entsprechend auch sagen, daß er als Sachnießbrauch (§ 1030 BGB.) am Erbbaurecht oder sonstigen, grundstücksgleichen Recht, die in ihm liegende Sachherrschaftsfunktion bei dem dem Erbbaurecht unterworfenen Gegenstand anbringt, während er das Recht selbst einschränkt und belastet. Für unser Unter-EB-Recht erscheint eine Abweichung von dieser Konstruktion der Nutzungsrechte am EB-Recht nicht geboten, soweit nur das Unterrecht im Rahmen seines Grundrechts bestellt wird[1]). Daß der Untererbstätter dabei in gleicher Weise und mangels besonderer einschränkender Abrede auch im gleichen Umfang am Erbbaugrundstück berechtigt wird, wie der (Ober-)Erbstätter, indem die Besitz- und Baubefugnis vom Besteller auf den Berechtigten wechselt, ist allerdings eine, bei beschränkt-dinglicher Belastung sonst nicht begegnende Erscheinung, der Inhalt des EB-Rechts wird gewissermaßen aus dem Grundrecht herausgenommen und zum Inhalt eines zweiten Erbbaurechts gemacht[2]). Es ist jedoch zu beachten, daß die uneingeschränkte Einräumung der Sachherrschaft (am Erbbaugrundstück) noch keineswegs das Grundrecht vollinhaltlich ausschöpft, sondern sich als Einschränkung des Quasi-Eigentums des Erbstätters am juristischen Erbbaufundus darstellt[3]). Wie aber ein Eigentümer sein Eigentumsrecht nicht dadurch verliert oder aufgibt, daß er es mit einem EB-Recht belastet, so kann auch der Erbstätter als Quasi-Eigentümer des Erbbaurechtsfundus sich durch Belastung mit einem (Unter-)EB-Recht gültig beschränken, ohne sein eigenes EB-Recht zu verlieren.

[1]) Nach dem Grundsatz: Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Vgl. hinsichtlich der Begrenzung des Umfangs der Unterberechtigung durch diesen Grundsatz Erman, a. a. O., Seite 231. II.

[2]) Dies hielt Pesl (Belastung des Erbbaurechts, S. 57) für entscheidend gegen das Untererbbaurecht, indem er ausführte, daß durch Unterbaurechtsbestellung der Inhalt des Obererbbaurechts zugunsten eines zweiten Rechts aufgegeben werden würde. In diesem Falle wäre kein erstes Erbbaurecht mehr vorhanden.

[3]) So Erman, a. a. O., Seite 222/3.
Das Eigentum am juristischen fundus leugnet Wolff (§ 51 VI 1 des Sachenrechts, Seite 148) Für das EB-Recht und seinen fundus entscheidet § 11 Erbbau RV, der der Wolffschen Ansicht — daß keiner der Sätze, die für das Sacheigentum gelten, auch für das „Haben eines Rechts" gelte — diametral entgegensteht.

3. Die Frage einer Aenderung der Gesetzgebung im Punkte des Erststelligkeitserfordernisses für Erbbaurechte. (10 Erbbau-RV.).

Vom Standpunkt einer möglichst vereinfachten Gestaltung des Verfahrens bei Begründung von Untererbbaurechten für eine Personenmehrheit erschien es nicht bedauerlich, daß die Erbbau-RV. die gleichzeitige oder aufeinanderfolgende Begründung mehrerer Untererbbaurechte durch das Erststelligkeitserfordernis unmöglich gemacht hat[1]). Eine Beseitigung des Erststelligkeitserfordernisses im Wege der Gesetzgebung würde daher das Verfahren nur komplizieren können. Immerhin kann sich der Siedlungspraktiker auf den Standpunkt stellen, daß eine Aenderung der Gesetzgebung unvermeidlich sei und auf die Gefahr einer Komplikation des grundbuchtechnischen Verfahrens angestrebt werden müsse. Das letzte Urteil in der Frage der Zweckmäßigkeit einer Aenderung der Rechtsgrundlagen wird man auch der Praxis überlassen, da es ganz von der zukünftigen Gestaltung der Siedlung abhängt, ob das erreicht werden kann und wird, was vielleicht als das Ideal einer städtischen Volkssiedlung bezeichnet werden kann — die Erbbausiedlung nach einem einheitlichen Erbbau-Siedlungsplan. Nur bei einheitlicher Siedlung zu Erbbaurecht wird sich auch ein einheitlicher Erbbau-Siedlungsplan aufstellen und durchführen lassen.

Sollte sich die nach der Erbbau-RV. gegebene Beschränkung der Zulässigkeit von Erbbaurecht am EB.-Recht tatsächlich als unüberwindliches, praktisches Hindernis erweisen und eine Aenderung der Rechtsgrundlagen erforderlich werden, so erscheint es unangebracht, die völlige Beseitigung des Erststelligkeitserfordernisses anzustreben. Wie oben erwähnt, ist diese Erfordernis die wichtigste Stütze der Beleihungsfähigkeit und damit eine der wichtigsten Stützen des EB-Rechts überhaupt.

Unter diesen Umständen liegt es näher, für eine etwaige Aenderung der Rechtsgrundlagen eine Beseitigung des Erststelligkeitserfordernisses nur insoweit anzustreben, als es ohne Beeinträchtigung der Beleihungsfähigkeit des EB-Rechts unbedenklich geschehen kann. Darüber hinaus ist es zweckmäßig und für den erstrebten Zweck der Begründung mehrerer EB-Rechte oder Unter-EB-Rechte an ein und demselben Grundstück oder (Ober-)EB-Recht voll ausreichend, wenn die Beseitigung der Erststelligkeit nur für das Rangverhältnis mehrerer EB-Rechte untereinander erfolgt, sodaß also ein EB-Recht einem EB-Recht, aber keinem anderen Recht, insbe-

[1]) Vgl. Seite 12 dieser Abhandlung.

sondere nicht einer Hypothek am Grundstück den Vorrang einräumen kann.

Zuständig für die etwaige Aenderung der Rechtsgrundlagen würde der Reichsgesetzgeber sein. Allerdings sieht die Verordnung in entsprechendem Ausbau der durch Art. 120 EGBGB. dem Deutschen Recht bekanntgewordenen Einrichtung der „Unschädlichkeitszeugnisse" vor, daß auch im Wege landesrechtlicher Verordnung Bestimmungen getroffen werden können, wonach bei Bestellung von Erbbaurechten von dem Erfordernis der ersten Rangstelle abgewichen werden kann, wenn dies für den Bestand des Erbbaurechts sowie für die vorgehenden Berechtigten unschädlich ist (§ 10 Absatz II VO.).

Eine in Ausführung des § 10 Absatz II VO. für Preußen ergangene Verordnung betreffend die Rangstelle von Erbbaurechten vom 30. IV. 1919 (GS. S. 88) beschränkt sich jedoch auf die Bestimmung, daß gewisse Verfügungsbeschränkungen gegenüber der Vorschrift der Erststelligkeit des EB-Rechts außer Betracht bleiben sollen. Liegenschaftsrechte, insbesondere Erbbaurechte, können nach der Ausf.-VO. nicht mit Vorrang vor einem EB-Recht bestellt werden. Es läßt sich aber auch nicht sagen, daß in materieller Hinsicht die Voraussetzungen der „Unschädlichkeit" voll gegeben sein würden und demgemäß eine künftige landesrechtliche Verordnung die Begründung mehrerer EB-Rechte wegen der Unschädlichkeit einer solchen für den Bestand des EB-Rechts und die vorgehenden Berechtigten erlauben könnte. Mit Wittmaack[1]) wird man zwar annehmen können, daß jedenfalls der Bestand des EB-Rechts dadurch keine Einbuße erleidet, daß ihm das eine oder andere Erbbaurecht im Range vorgeht und daß demgemäß auch die Hypothekare (am EB-Recht) nicht gefährdet werden. Dagegen ist für die Beurteilung der Frage, ob ein Erbstätter als vorgehender Berechtigter durch nacheingetragene Erbbaurechte betroffen werden würde, von der Feststellung auszugehen, daß für die Ausnahmegestattung im Verordnungswege nur solche Rechte für den Vorrang vor dem Erbbaurecht in Frage kommen können, wegen deren eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück unmöglich ist. Während nach dem bisherigen Erbbaurecht des BGB. die Bestellung eines im Rang nachstehenden EB-Rechts für die vorgehenden Berechtigten am Grundstück

[1]) Wittmaack, a. a. O., Seite 11 sowie (unter Anführung von Wittmaack) Glass-Scheidt, a. a. O., Bem. 2 C zu § 10 Erbbau RV. (Seite 80).

immer unschädlich gewesen wäre, ist in dieser Hinsicht nach der Erbbau-VO. beachtlich, daß das Erbbaurecht bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks auch dann bestehen bleibt, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots (§ 44 Zw.-Verst.-G.) nicht berücksichtigt worden ist. (§ 25 Erbbau-RV.) [1]). Der Vorrang vor dem EB-Recht kann aus diesem Grunde nur solchen Rechten besonders gestattet werden, welche nicht durch die Sondervorschrift der Verordnung berührt werden, daß das EB-Recht auch als nachstehend eingetragenes bei der Zwangsversteigerung wegen einer vorgehenden Belastung des Grundstücks bestehen bleibt. Die Frage, ob man das EB-Recht als ein solches Recht ansprechen kann, läßt sich ohne Vorbehalt nicht bejahen. Insbesondere können die im § 2 Erbbau-RV. vorgesehenen Bestimmungen zu Pflichten des Grundeigentümers führen und daher eventuell auch zu einer zwangsweisen Befriedigung aus dem Grundstück. Ferner kann der Fall, daß der Erbstätter die Zwangsvollstreckung in das Erbbaugrundstück betreibt und dann nach Maßgabe des § 25 Erbbau-RV. mit nacheingetragenen Erbbaurechten zu rechnen hat, eintreten, wenn bei Erlöschen des EB-Rechts durch Zeitablauf (§ 27 Erbbau-RV.) von dem Grundeigentümer an den Erbstätter eine Entschädigung für das Bauwerk zu entrichten ist und die Entschädigungsforderung an Stelle des EB-Rechts und mit dessen Rang gemäß § 28 Erbbau-RV. auf dem Grundstück „haftet" (lastet). Der Entschädigungsanspruch richtet sich gegen den Grundstückseigentümer zur Zeit des Erlöschens des EB-Rechts einmal persönlich und sodann auch dinglich gegen ihn und seine Rechtsnachfolger im Grundeigentum. Wegen der Entschädigungsforderung kann der Erbstätter daher Befriedigung aus dem Grundstück suchen [2]). Man wird deshalb nicht umhin können, auch den die Zwangsversteigerung bei Erlöschen des EB-Rechts betreibenden Ex-Erbstätter als „vorhergehenden Berechtigten" im Sinne des § 10 Abs. II anzusehen [3]), dem nacheingetragene Erbbaurechte am Grundstück (oder EB-Recht) nicht durchaus „unschädlich" sein würden, wenngleich dieser Fall einer vom Erbstätter ausgebrachten Zwangsversteigerung lediglich infolge des Surrogationsgedankens des § 28 Erbbau-RV. in das Erbbaurecht hineingetragen wird.

[1]) § 25 Erbbau RV.: „Wird das Grundstück zwangsweise versteigert, so bleibt das Erbbaurecht auch dann bestehen, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist."

[2]) Vgl. Glass-Scheidt, a. a. O., Bem. II b zu § 27 Erbbau R. V.

[3]) Die Entschädigungsforderung tritt mit dem Rang des EB-Rechts an dessen Stelle.

4. Die Gestaltung des Erbbauvertrages mit einem gemeinnützigen Bauverein auf der Grundlage der Erbbau-RV.

Eine Stadtgemeinde, die einen größeren Grundbesitz hat, teilt diesen Grundbesitz ein in solchen, in unmittelbarer Nähe des Stadtzentrums gelegenen, den sie für die Entwicklung von innen nach außen zum Verkauf zu Eigentum bereithält und solchen, mehr oder weniger an der Peripherie gelegenen, den sie für die Verwertung im Erbbaurecht freigibt [1]). Von dem letzteren Bauland will sie eine größere Fläche an eine Baugenossenschaft geben, zur Schaffung einer größeren Anzahl von Einfamilienhäusern mit Garten oder Vorgarten und mit der Bestimmung, daß die einzelnen Siedler nicht bloße Mieter, sondern (Unter-)Erbstätter der Genossenschaft werden sollen.

Nach der Erbbau-RV. muß die Stadtgemeinde ihr Erbbaugelände aufteilen. An jedem Trennstück muß ein Einzelerbbaurecht für die Genossenschaft eingetragen werden, damit diese dann ihrerseits für ihre Mitglieder Einzel-Untererbbaurechte an jedem Einzel-Erbbaurecht bestellen kann. Als das empfehlenswerte Normalverfahren für die Durchführung des gemeindlich-genossenschaftlichen Erbbausiedlungsplanes ist dabei zu empfehlen, daß die Gemeinde die erforderliche Grundstücksparzellierung schon vor oder bei Abschluß des Erbbauvertrages vornimmt und die Straßen, Plätze u. ä. aussondert. Die Ausgabe von Einzelerbbaurechten ist der Bestellung eines Gesamterbbaurechts unbedingt vorzuziehen.

Theoretisch nicht unmöglich ist allerdings, daß zunächst ein Einheitserbbaurecht ausgegeben wird und demnächst die für die einzelnen Untererbbaurechte erforderlichen Einzelerbbaurechte durch Teilung des Genossenschaftserbbaurechts gewonnen werden. Mit Recht wird die Teilbarkeit von EB-Rechten in Literatur und Rechtsprechung unter der hier vorliegenden Voraussetzung bejaht, daß das EB-Recht zum Haben mehrerer Gebäude auf einem Grundstück berechtigt [2]). Sie setzt jedoch nachträgliche Grund-

[1]) Nach dem einleuchtenden Vorschlag des Stadtbaudirektors Dr. phil. et rer pol. Strehlow. (Vgl. Strehlow: Das EB-Recht in seiner Anwendung auf Gemeinde- und Industriebesitz im Westfäl. Wohnungsblatt 1927, Heft 7, Seite 284/5.)

[2]) So schon von Wittmaack, a. a. O., Seite 165; ebenso für das Recht der Erbbau RV. von Wolff, Anm. 21 zu S. 101 IV des Sachenrechts (Seite 343), Glass-Scheidt, a. a. O., Bem. II 6c, zu § 11 VO. (Seite 105). Grundlegend für die Bejahung der Teilbarkeit erscheinen die Ausführungen des Kammergerichts in seinem Beschluß vom 30. V. 1918. (Vergl. KGJ. Bd. 51, Seite 230). Die Teilbarkeit

stücksteilung voraus. Zutreffend hat in dieser Hinsicht das Kammergericht in einem Beschluß vom 30. V. 1918 ausgeführt, daß die Parzellierung des grundstücksgleichen EB-Rechts möglich sei, aber jeweils die Beschränkung der entstehenden Teilrechte auf ein entsprechendes Teilgrundstück enthalte [1]) und daher auch eine entsprechende Teilung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks gemäß § 6 GO. [2]) schon begrifflich voraussetzt. Für das neuere Recht der Erbbau-RV. erscheint auch der Gesichtspunkt des § 10 Abs. 1 VO. beachtlich, wonach der Rang des EB-Rechts auch nachträglich nicht geändert werden kann. Die erste Rangstelle muß für die Dauer des EB-Rechts gewahrt bleiben. Sie würde aber bei Erbbaurechtsteilung ohne Grundstücksteilung für die abzuteilenden und abzuschreibenden Teilrechte notwendig verlorengehen, da eine Eintragung der mehreren Teilerbbaurechte mit gleichem Rang und gleicher

von EB-Rechten sei ebensowenig wie die Teilbarkeit von Grundstücken durch besondere Rechtsvorschriften erlaubt, die sich auf die Teilung beziehen. Teilbar erschiene das Recht, wenn es ohne Inhalts- und Wertveränderung in gleichartige Teile zerlegt werden könne. Dieser Fall sei gegeben, wenn jedes durch Teilung entstehende Recht zum Haben eines Bauwerks berechtigen würde, also von vornherein mehrere Gebäude auf Grund des zu teilenden EB-Rechts errichtet oder genutzt werden können; die Teilung eines nur zum Haben eines Bauwerks berechtigenden EB-Rechts sei unstatthaft, weil die entstehenden Teile nicht gleichartig und zudem auch auf einen Gebäudeteil beschränkt sein würden, was nach § 1012 BGB. (jetzt nach § 1 Abs. III Erbbau RV) unzulässig ist.

[1]) Daß die mehreren EB-Rechte, welche durch Teilung entstehen sollen, nicht nur mehrere grundstücksgleiche Parzellen werden, sondern auch mehrere selbständige Liegenschaftsrechte am Erbbaugrundstück und jede Erbbaurechtsteilung gem. § 11 VO. auch eine Teilung der Belastung § 1 VO. enthält, kann wohl auch keinem Zweifel unterliegen. Die Realteilung des EB-Rechts ist zwar nur auf Grund der „Grundstücksgleichheit" des Rechts möglich. Das EB-Recht ist aber der geteilte Gegenstand und es erscheint begrifflich unmöglich, den Gegenstand in der einen Eigenschaft oder Funktion — „wie ein Grundstück" — zu teilen, aber in der anderen (Haupt-) Eigenschaft — hinsichtlich seiner Belastungsnatur — ungeteilten Fortbestand der Gesamtberechtigung anzunehmen.

[2]) § 6 GO: „Soll ein Grundstücksteil mit einem Rechte belastet werden, so ist es von dem Grundstücke abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen. Ist das Recht eine Dienstbarkeit oder eine Reallast, so kann die Abschreibung unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist".

Erststelligkeit nicht statthaft sein würde. Der Rang müßte für die Teilrechte geändert werden, da die Rangordnung der Erbbau-RV. nicht, wie die des BGB. (§§ 879 ff.) nachgiebigen Rechts ist, sondern für das EB-Recht die „ausschließlich erste Rangstelle" zwingend verlangt. Auch aus diesem Grunde kann eine EB-Rechtsteilung nur in Verbindung mit entsprechender Grundstücksteilung vorgenommen werden. Immerhin besteht danach die Möglichkeit, ein bestehendes EB-Recht zu teilen, wenn die Teilung des Rechts mit der entsprechenden Grundstücksteilung verbunden wird. Die Stadtgemeinde kann also ein einheitliches EB-Recht am größeren Erbbaugelände für die Genossenschaft bestellen und der Zweck der Erbbauausgabe, — die Bestellung von Untererbbaurechten für die Bauvereinsmitglieder — durch nachträgliche Teilung des Gesamterbbaurechts in Verbindung mit entsprechender Grundstücksaufteilung erreicht werden. Doch ist dieses Verfahren n i c h t als das empfehlenswerte Normalverfahren für die gemeindlich-genossenschaftliche Erbbaupraxis zu bezeichnen. Erhellt schon aus der erwähnten Notwendigkeit der Grundstücksteilung, daß bei nachträglicher Erbbaurechtsparzellierung für den Grundeigentümer keinerlei Vereinfachung des Verfahrens erzielt wird, so kann auch die nachträgliche Grundstücksteilung und vor allem die Parzellierung des EB-Rechts für die Genossenschaft auf praktische Schwierigkeiten stoßen, deren Behebung unter Umständen unmöglich ist. Die Grundstücksteilung kann nur von dem Grundeigentümer vorgenommen werden. Wurde sie nicht vor oder bei Abschluß des Erbbauvertrages vorgenommen, so kann es m. E. doch recht zweifelhaft sein, ob der Grundeigentümer als solcher dem jeweiligen Erbstätter gegenüber verpflichtet ist, die zur Grundstücksteilung erforderliche, auf Zerlegung des Grundstücks gerichtete Willenserklärung abzugeben und die Auseinanderbuchung der Grundstücksteile durch Abschreibung der Trennstücke zu bewilligen, wenn der Erbstätter sein EB-Recht zu teilen wünscht. Diese Verpflichtung des Eigentümers im Falle der Erbbaurechtsteilung nimmt das Kammergericht in dem erwähnten Beschluß vom 30. V. 1918 als gegeben an, ohne daß sich jedoch ersehen ließe, aus welchen Gründen eine solche Eigentümerverpflichtung hergeleitet werden soll. Ausdrücklich wird betont, daß die angenommene Verpflichtung des Grundeigentümers auch ohne eine besondere, dahingehende Vereinbarung im Erbbauvertrage gegeben sei. Zur Stütze der nicht begründeten Ansicht ließe sich vielleicht sagen, daß der Erbstätter kraft Erbbaurechts zur Veräußerung und Belastung des Erbbau-

rechts berechtigt sei, und der Grundeigentümer, wenn er ein veräußerliches und belastungsfähiges Recht bestellt, damit auch die Verpflichtung eingeht, bei einer künftigen Veräußerung oder Belastung insoweit mitzuwirken, als es zur Durchführung der Rechtsgeschäfte nach Maßgabe der Erbbau-RV. oder der Grundbuchordnung erforderlich sei und demgemäß auch die zur Teilung des Grundstückes von seiner Seite erforderlichen Erklärungen abzugeben habe, wenn nur ein Teil des EB-Rechts veräußert oder belastet werden soll. Es erscheint jedoch äußerst weitgehend, in einem auf Einräumung eines beschränkt-dinglichen Rechts gerichteten Vertrag die Verpflichtung des Grundeigentümers zu einer Verfügung[1]) zu sehen, die sich auf den in seinem Eigentum verbleibenden Gegenstand des EB-Rechts beziehen soll. Insbesondere muß doch dem Grundeigentümer selbst trotz EB-Rechtsbestellung das Recht verbleiben, das Grundstück beliebig aufzuteilen, und wie im ganzen, so auch bei eintretendem Bedürfnis für seine etwaigen Veräußerungs- oder Beleihungszwecke zu teilen; es erscheint ausgeschlossen, den Eigentümer in dieser Richtung als durch den Erbbauvertrag gebunden anzusehen. Denkbar wäre allerdings, daß der Grundeigentümer sich zur Mitwirkung bei der EB-Rechtsteilung und zur Abgabe der auf Grundstückszerlegung gerichteten Willenserklärung besonders verpflichten würde. Einer solchen Vereinbarung würde aber, da sie nicht zum Inhalt des Erbbaurechts gehört, nur schuldrechtliche Wirkung zukommen[2]), sodaß sie einen Sondernachfolger im Eigentum am Grundstück nur binden würde, wenn dieser die Erfüllung der Verpflichtung besonders übernommen hätte. Eine auf jeden Fall durchführbare Berechtigung der Genossenschaft, Untererbbauverträge zu schließen, liegt also in einem Erbbauvertrag auf keinen Fall soweit nur immer Grundstücksparzellierungen erforderlich werden. Ergibt sich schon daraus u. U. eine Gefährdung der Untererbbauausgabe für die Bauvereinsmitglieder, so er-

[1]) Die Zerlegung ist Verfügung. Vgl. OLG. E. 21 408 und v. Thur, Allg. T. II, 1, 240. 20.

[2]) So zutreffend Kretzschmar zur angeführten kammergerichtlichen Entscheidung vom 30. V. 18 (KGJ. 51, 228) in Jur. W. 1920 Heft 2, S. 134. Eine Sicherung dieser Verpflichtung durch Vormerkung (§ 883 BGB.) erscheint ausgeschlossen.

hellt eine wohl regelmäßig unüberwindliche Schwierigkeit aus der Tatsache, daß bei der Teilung des Erbbaurechts die am EB-Recht bestehenden privat-rechtlichen Lasten ungeteilt auf den einzelnen Trennstücken forthaften. Eine eingetragene Erbbauzinsreallast wird u. U. die erste Stelle auf dem (Ober-) EBR. einnehmen, eine Hypothek die zweite oder auch umgekehrt. Tritt der Fall der Erbbaurechtsparzellierung ein, so bleiben diese Rechte an den einzelnen Teilen fortbestehen. (§ 1132 BGB., § 1108 Abs. II BGB.). Nur wenn die bestehenden Rechte Grund- oder beschränkte persönliche Dienstbarkeiten sind, würden die Teile von der Belastung frei werden, soweit sie außerhalb des Bereichs der Rechtsausübung liegen. (§§ 1026, 1090 BGB.). Die mit einem (Unter-) EB-Recht zu belastende Erbbaurechtsparzelle müßte aber von solcher Belastung nachträglich aus der Mithaft befreit werden, denn das zu bestellende Untererbbaurecht muß die erste Rangstelle auf dem Teilerbbaurecht einnehmen. (§ 10 Absatz I Erbbau-RV.). Selbstverständlich könnte dies mit Zustimmung des Grundeigentümers für die Erbbauzinsreallast und des Hypothekengläubigers für die Erbbauhypothek geschehen. Es erhellt aber ohne weiteres, daß es für das Verlangen nach dieser Zustimmung an jeder Rechtsgrundlage fehlen und mindestens die Zustimmung des Erbbauhypothekars wohl kaum jemals zu erreichen sein würde. Nach alledem bietet der Erbbauvertrag eine genügende Handhabe für die Erbbaurechtsausgabe im Wege nachträglicher Parzellierung selbst dann nicht, wenn die Berechtigung, Untererbbauverträge abzuschließen, dem Erbstätter ausdrücklich zugestanden wurde [1]).

Der Normalvertrag mit einem gemeinnützigen Bauverein über ein größeres Grundstück, auf dem eine Erbbausiedlung erstehen soll, muß also die Bestellung mehrerer Einzelerbbaurechte vorsehen. Erforderlich ist hierzu, daß der Bauverein spezialisierte Angaben über jedes einzelne EB-Recht macht und Größe, Art und Lage der vom Erbbaugrundstück abzuschreibenden und auf ein besonderes

[1]) Die Formel: „Der Erbstätter ist berechtigt, Untererbbauverträge zu schließen" (vgl. z. B. § 5 des Mustervertrages über Bestellung eines EB-Rechts für einen gemeinnützigen Bauverein in „der Kleinwohnungsbau" a. a. O. Seite 250) bietet daher gar keine Garantie für die tatsächliche Durchführbarkeit der Erbbausiedlung durch Ausgabe von Erbbaurechten.

Grundbuchblatt zu übertragenden Trennstücke[1]) bezeichnet[2]). Der Grundeigentümer (Stadtgemeinde) verpflichtet sich, das Erbbaugrundstück nach den Angaben des Bauvereins in einzelne Trennstücke zu teilen, für die je ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen ist, und an den durch Teilung gewonnenen Grundstücken je ein EB-Recht zugunsten der Baugenossenschaft zu bestellen. In formeller Hinsicht erscheint es ausreichend, wenn der Grundeigentümer die Eintragung der mehreren Erbbaurechte an bestimmt bezeichneten Grundstücksteilen bewilligt und beantragt, da die erforderliche Teilung und Abschreibung bei beantragter Belastung von Grundstücksteilen gemäß § 6 GO. von Amts wegen erfolgen wird.

Nach zwei Richtungen muß der Erbbauvertrag möglichst noch dem Umstande Rechnung tragen, daß demnächst Untererbbaurechte für Bauvereinsmitglieder bestellt werden sollen. Die Erbbauzinsreallast der Stadtgemeinde ist, wenn sie sogleich eingetragen werden soll, mit einem Rangvorbehalt für ein bestimmt bezeichnetes EB-Recht (§ 881 BGB.) zu versehen[3]). Es erscheint zweckmäßig, das Zustandekommen des demnächst erststellig einzutragenden Unter-EB-Rechts schon durch Rangvorbehalt zugunsten dieses Rechts im Erbbauvertrag sicherzustellen[4]). Ferner ist damit zu rechnen, daß das später einzutragende Unter-EB-Recht dem § 33 Absatz I Satz 3 Erbbau-RV. unterliegt, nach dem beim Heimfall des Ober-EB-Rechts alle Rechte erlöschen, die nicht Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden oder Reallasten sind, sodaß der Bestand des Untererbbaurechts[5]) sowie der

[1]) §§ 3. 4 GO.

[2]) Voraussetzung der Abschreibung im Grundbuch ist die Ergänzung des Katasters, nötigenfalls unter Vermessung der neuen Parzelle und Feststellung ihrer Grenze durch eine Karte. GO. § 96.

[3]) Der Vorbehalt bedarf der Eintragung im Erbgrundbuch. Die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll. (Reallast) § 881 Abs. II BGB.) Die Bezeichnung der Person des künftig vorgehenden Berechtigten (Bauvereinsmitglied) ist nicht erforderlich.

[4]) Die Baugenossenschaft muß ihren Mitgliedern bestimmte Angaben machen und sichere Aussichten eröffnen können.

[5]) Beim Heimfall wird das (Ober-) EBR. auf den Grundeigentümer zurückübertragen (§ 2 Ziff. 4 Erbbau RV.) Es erlischt nicht durch Vereinigung mit dem Grundeigentum § 889 BGB. Am Eigentümer-Erbbaurecht bleiben jedoch gemäß § 33 Absatz I bei Ausübung des Heimfalls durch den Eigentümer nur die Hypotheken und andere Wertrechte am (Eigentümer-) Erbbaurecht bestehen, während „andere auf dem EB-Recht lastende Rechte erlöschen." Das Untererbbaurecht gehört also zu den im Heimfall erlöschenden Rechten.

Bestand der am Unter-EB-Recht bestellten Hypothek kein gesicherter wäre. Ein Heimfallsrecht kann daher m. E. in einem Erbbauvertrag mit einem gemeinnützigen Bauverein zur Zeit nicht vereinbart werden, soweit dabei die Ausgabe von Untererbbaurechten geplant ist [1]). Das Erlöschen des Unter-EB-Rechts beim Heimfall des (Ober-)EB-Rechts kann nicht verhindert werden; notwendig würde die Hypothek des (Unter-) Erbstätters mit dem grundstücksgleichen Hypothekenobjekt (Ober-EB-Recht) untergehen. Möchte die Wiederherstellung des Unter-EB-Rechts sich durch eine vormerkungsgesicherte Wiederherstellungsvereinbarung vielleicht im voraus erbbauvertraglich sicherstellen lassen, so fehlt doch jede praktisch brauchbare Handhabe, eine Wiederherstellung der beim Heimfall erlöschenden Hypothek am Untererbbaurecht im voraus sicherzustellen. Mit einer schuldrechtlichen Abrede ist dem Hypothekar nicht gedient. Eine Sicherung durch Vormerkung für einen — an sich aus dem Rahmen des Ueblichen fallenden — bedingten Anspruch auf Einräumung einer Hypothek am künftig wiederhergestellten grundstücksgleichen Recht — würde ihren Zweck nicht erreichen, da das Erbbaugrundbuch, welches die Vormerkung etwa aufzunehmen hätte, im Heimfall unrichtig bezw. bei Löschung des EB-Rechts gemäß § 16 VO. geschlossen sein wird. Theoretisch möglich, aber praktisch wohl ganz aussichtslos erscheint eine Sicherung durch den Grundeigentümer. Auch bei weitgehend sozialer Einstellung und idealer Auffassung der Siedlungsaufgabe werden sich die Gemeinden nicht dazu verstehen, zugunsten Minderbemittelter und ihrer Hypothekare zu einer Verpfändung des Erbbaugeländes überzugehen. Es muß durchaus als genügend angesehen werden, wenn die Gemeinden Land zu Erbbauzwecken zur Verfügung stellen; in gewissem Grade kann und soll auch die Verwertung des Erbbaugeländes für die Gemeinden wirtschaftlich vorteilhaft sein und sich möglichst auch als eine günstige Verwertungsform für Gemeindeland bewähren, jedenfalls aber nicht umgekehrt wirtschaftliche Lasten für den Ausgeber im Gefolge haben. Aus diesen Gründen kann nach dem derzeitigen Stande der Gesetzgebung in einem Erbbauvertrag zwischen einer Gemeinde oder Kirchengemeinde und einem gemeinnützigen Bauverein zugunsten der Gemeinde kein Heimfallsrecht begründet werden; ledig-

[1]) Schutz gegen nachträgliche Bewilligung eines Heimfallsrechts an den Eigentümer: §§ 876, 877 BGB. i. V. mit § 2 Erbbau RV.

lich die mit der Durchführung der sozialen Aufgabe betraute Genossenschaft kann ihren Untererbstättern und Mitgliedern gegenüber ein Heimfallsrecht ausbedingen. An das Untererbbaurecht wurde eben bei Abfassung der Verordnung in keiner Weise gedacht, sodaß bei aller, auf die Hebung und Sicherung der Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts verwandten, peinlichen Sorgfalt die Beleihungsfähigkeit des EB-Rechts des Bauvereinsmitgliedes nur unter der, die Rechtsstellung des Grundeigentümer-Ausgebers weitgehend berührenden Voraussetzung gegeben ist, daß ein Heimfallsrecht nicht für den Ausgeber begründet wird. Hier liegt deshalb auch der Punkt, der bei einer künftigen Reform der Erbbau-RV. in erster Linie ins Auge zu fassen wäre. Während eine Beseitigung des mehrfach erwähnten Erststelligkeitserfordernisses, wenn sie vom Standpunkt des Siedlungspraktikers unvermeidlich erscheinen sollte, nur für das Verhältnis mehrerer EB-Rechte untereinander angestrebt werden sollte, damit der Hauptzweck der Verordnung und die Hauptstütze des EB-Rechts — die Beleihungsfähigkeit des EB-Rechts — gewahrt bleibt[2]), liegt es durchaus im Sinne des in der Erbbau-RV. allenthalben stärkstens ausgeprägten gesetzgeberischen Willens und bedeutet nur eine Ergänzung desselben, wenn die Beleihungsfähigkeit des Untererbbaurechts durch Abänderung des § 33 Absatz I Erbbau-RV.[3]) gefördert würde. Das EB-Recht des Bauvereinsmitgliedes muß in dieser Beziehung Ebenbürtigkeit mit dem Erbbaurecht erlangen. Zur Zeit muß dem Kredit des Untererbstätters im Erbbauvertrag noch dadurch Rechnung getragen werden, daß die Gemeinde auf das Heimfallsrecht verzichtet, denn es erscheint selbstverständlich, daß ein bei Gelegenheit des Heimfalls erlöschendes Erbbaurecht, für das eine Entschädigung nicht gewährt wird, keine ausreichende Unterlage für den Erbstätterkredit darbieten würde. Bedauerlich ist der Wegfall der Heimfallsklausel im Erbbauvertrag vor allem unter dem Gesichtspunkt, daß der Gemeinde die Möglichkeit genommen ist, die Rück-

[1]) Diesen Gedanken vertritt besonders Strehlow „Das Erbbaurecht in seiner Anwendung auf Gemeinde- und Industriebesitz" im Westfäl. Wohnungsblatt 1927, Heft 7, Seite 284 Absatz V — VIII des Aufsatzes).

[2]) Vgl. hierüber Seite 24 ff. dieser Abhandlung.

[3]) Das (Unter-) Erbbaurecht wäre ausdrücklich als beim Heimfall fortbestehend anzuerkennen und unter die beim Heimfall nicht erlöschenden Rechte aufzunehmen.

übertragung des EB.-Rechts für den Fall zu vereinbaren, daß sich aus dem Aufgabenkreis der Gemeinden heraus Veränderungen am Erbbaugrundstück als notwendig erweisen würden[1]). Für die Wahrung des sozialen Zwecks der Erbbauausgabe ist das Heimfallsrecht im übrigen nicht unersetzlich, denn für das Verhältnis zwischen der Genossenschaft und deren (Unter-)Erbstättern kann der Heimfall ausbedungen und seitens der Genossenschaft ausgeübt werden; für das Verhältnis zwischen Gemeinde und Genossenschaft dürfte sich auch bei bestehenbleibendem Erbbaurecht eine genügende Sicherung durch eine — gemäß § 2 Ziffer 4 Erbbau-RV. als Inhalt des Erbbaurechts geltende — Verpflichtung der Genossenschaft zur Entrichtung von Vertragsstrafen bei vertragswidrigem Verhalten ermöglichen lassen, wenn unter die durch Vertragsstrafe gesicherten Vereinbarungen die gewöhnlich als sozialpolitischer Heimfallsgrund in den Erbbauverträgen mit gemeinnützigen Bauvereinen begegnende[2]) Obhuts- und Fürsorgepflicht der Genossenschaft für eine plan- und ordnungsmäßige Errichtung, Instandhaltung und Verwendung der Bauwerke aufgenommen wird.

Ferner kann und soll im Interesse der Wahrung des gemeinnützigen Zwecks der Erbbauausgabe gemäß § 5 Abs. 1 als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden, daß die Genossenschaft zur Veräußerung des EB-Rechts im ganzen und in Teilen der Zustimmung des Grundeigentümers bedarf.

[1]) Mit Recht führt Strehlow (im vorerwähnten Aufsatz Absatz IV) das Heimfallsrecht unter den Einrichtungen der Erbbau RV. auf, die den Gebrauch des EB-Rechts für die Gemeinden besonders empfehlenswert erscheinen lassen. Der Gemeinde biete das EB-Recht den Vorteil, daß sie Eigentümerin der (Erbbau-)Grundstücke bleibt. Sie könne im Erbbauvertrag die Möglichkeit eines jederzeitigen Heimfalls unter bestimmten Bedingungen und Leistungen vorsehen. Dies könne z. B. wichtig sein, wenn eine Straßenverlegung notwendig wird oder in einer bestimmten Lage ein Schul- oder Kirchengrundstück erforderlich sei. Durch das EB-Recht sei es der Gemeinde deshalb möglich, den veränderten Verhältnissen im Laufe der Entwicklung Rechnung zu tragen, ohne auf uferlose Forderungen des Privatbesitzes eingehen zu müssen.

[2]) Vergl. § 18 des Erman'schen Mustervertrages betr. Bestellung eines EB-Rechts für einen gemeinnützigen Bauverein unter Berücksichtigung des Untererbbaurechts (veröffentlicht in „Westdeutsche Arbeiterzeitung v. 22. 1. 27.) sowie § 6 des Erbbauvertrages im Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit des Berliner Anwaltvereins Nr. 117 (Seite 485 ff.)

II. Kann ein Dritter nachträglich Teil-, Unter- oder Mitberechtigung am Genossenschafts-Erbbaurecht erlangen ?

Insoweit nicht von vornherein, d. h. schon vor oder bei Abschluß des Erbbauvertrages zwischen Grundeigentümer und Baugenossenschaft Vorsorge dahin getroffen worden ist, daß den Mitgliedern des Bauvereins eine dingliche Berechtigung am Genossenschaftserbbaurecht und dem diesem unterworfenen Erbbaugrundstück eingeräumt werden kann, wird es in vielen Fällen mehr oder minder große Schwierigkeiten bereiten, das Bauvereinsmitglied nachträglich in irgend einer Rechtsform zum Erbstätter zu machen. Es gilt dies, wie festgestellt [1]), für die nachträgliche Belastung mit einem Untererbbaurecht, die zwar der Grundeigentümer nicht verbieten kann, an der mitzuwirken er aber keinesfalls schon auf Grund des Erbbauvertrages verpflichtet ist; die nachträgliche Belastung mit einem Untererbbaurecht ist darüber hinaus abhängig von der Mitwirkung der am bestehenden Genossenschaftserbbaurecht voreingetragenen Berechtigten, welche dem zu bestellenden EB-Recht den Vorrang einräumen müßten, damit dieses die erforderliche erste Rangstelle auf dem Genossenschaftserbbaurecht einnehmen kann. Schwer überwindliche Schwierigkeiten stellen sich aber auch der nachträglichen Abveräußerung realer oder ideeller Teile des Genossenschaftserbbaurechts entgegen.

Wie gelegentlich der Frage der praktischen Bedeutung und Verwendbarkeit des Untererbbaurechts [2]) festgestellt wurde, kommt die Realteilung des EB-Rechts und die Abveräußerung realer Teile an Genossenschaftsmitglieder für die gemeindlich-genossenschaftliche Erbbaupraxis schon deswegen nicht in Frage, weil jede erbbaurechtliche Beziehung zwischen der Genossenschaft und dem Erwerber des Teilrechts erlöschen und jeder Einfluß der Genossenschaft auf die Wahrung und Förderung des gemeinnützigen Zwecks der Erbbauausgabe dahinschwinden würde. Die nachträgliche Teilveräußerung ist nach den lehrreichen Aufschlüssen Kretzschmars [3]) meist auch praktisch nicht durch-

[1]) Vergl. Seiten 29, 30 dieser Abhandlung.
[2]) Vergl. Seite 6 der Abhandlung.
[3]) Kretzschmar in Jur. W. 1920, S. 134. Vergl. auch Kretzschmar, Das neurechtliche Erbbaurecht (1919) Bem. I, 8 zu § 11 Erbbau RV.

führbar. Sie setzt – ebenso wie die nachträgliche Untererbbaubelastung — Grundstücksteilung voraus, ist also einmal von der Zustimmung des Grundeigentümers abhängig. Ferner ist bei Teilveräußerung die Enthaftung des abkommenden Teil-Erbbaurechts von den Lasten des ganzen Erbbaurechts erforderlich, wenn anders das künftige Teil-Erbbaurecht des Bauvereinsmitgliedes praktisch beleihungsfähig sein soll. Mit Recht bezweifelt Kretzschmar, daß die erforderliche Mitwirkung der Hypothekare zu erlangen sein wird.

Bei ideeller Teilung des Genossenschaftserbbaurechts würde sich der Einfluß der Genossenschaft dagegen leichter aufrecht erhalten lassen, da durch nachträgliche Abveräußerung von Bruchteilen ein dem Miteigentum (§§ 1008, 741 ff. BGB.) analog zu beurteilendes Miterbbau- und Gemeinschaftsverhältnis zwischen der Genossenschaft und dem Erwerber des Anteils begründet würde[1]). Doch bietet die nachträgliche Herstellung eines solchen, einzelrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses gleiche, in der Regel wohl unüberwindliche Schwierigkeiten, wie die Realteilung und Veräußerung oder Belastung realer Teile. Wird nämlich nachträglich — durch Abveräußerung von Bruchteilen, eine Miterbbaurechts-Gemeinschaft hergestellt, so ist zwar nicht zu bezweifeln, daß der Miterbstätter den ihm eingeräumten Erbbaurechtsanteil hypothekarisch belasten kann. Die §§ 1114, 1192 BGB. gestatten ausdrücklich, den Anteil eines Miteigentümers an einem Grundstück mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden zu belasten. Entsprechendes muß daher auch bei einem gemeinschaftlichen EB-Recht für den Anteil des einzelnen Berechtigten gelten[2]). Soweit aber, wie es wohl regelmäßig der Fall sein wird, seit Bestellung des EB-Rechts eine hypothekarische Belastung des Rechts im ganzen erfolgt sein mag, wird die Beleihungsfähigkeit des Miterbstätter-Anteils durch die Hypothek am EB-Recht in Frage gestellt. Für die Beurteilung der Rechtslage folgt zunächst aus § 1114 BGB., daß Miteigentümer-Anteile hinsichtlich der hypothekarischen Belastung selbständigen Grundstücken gleichstehen[3]). Die Hypothek am geteilten Eigentum ist daher kraft Gesetzes als an mehreren Grundstücken haftend anzusehen, d. h. sie wird Gesamthypothek

[1]) Vergl. S. 7 dieser Abhandlung.
[2]) So schon Wittmaack a. a. O. (Abschnitt XXII der Monographie) Seite 206 Absatz I.
[3]) Vergl. KGJ. 52/217.

(§ 1132 BGB[1]). Infolgedessen kann in den Miteigentümer-Anteil eine Zwangsvollstreckung wegen einer Hypothek in voller Höhe der Forderung betrieben werden, auch wenn die Hypothek auf dem ganzen Grundstück eingetragen ist[2]). Entsprechend muß für das Erbbaurecht angenommen werden, daß die Hypothek am EB-Recht bei Teilung des Rechts Gesamthypothek (BGB. § 1132) wird und daß wegen dieser Hypothek Zwangsvollstreckung in den Miterbstätter-Anteil erfolgen kann. Da es sich hier um eine voreingetragene Hypothek handelt, so würde der den Miterbstätter beleihende Hypothekar Gefahr laufen, bei der Zwangsversteigerung des EB-Rechts nicht berücksichtigt zu werden. Die Beleihung des Miterbstätter-Anteils dürfte bei dieser Rechtslage nicht erfolgen können. Eine günstigere Gestaltung der Rechtslage könnte dadurch erzielt werden, daß der Miterbstätter-Anteil für sich allein wegen der auf dem ganzen Grundstück ruhenden Hypothek aus der Pfandhaftung für die Hypothekenforderung ganz entlassen[3]) oder die Pfandhaftung anteilsmäßig beschränkt würde. Doch könnte eine solche die Gesamthypothek vermeidende Pfandentlastung des Miterbstätter-Anteils natürlich auf keine Weise erzwungen werden.

Abschließend ist hier als das Regelergebnis festzustellen, daß nachträglich ein Dritter (Bauvereinsmitglied) eine beleihungsfähige Teil- oder Mitberechtigung am vorbelasteten EB-Recht der Genossenschaft nicht erlangen, ebensowenig wie er (Unter-)Erbstätter der Genossenschaft werden kann, wenn der Erbbauvertrag zwischen Stadtgemeinde und Genossenschaft die Begründung von (Unter-)EB-Rechten für die Bauvereinsmitglieder nicht vorsieht und — durch Grundstücksteilung und Einzelrechtsausgabe — vorbereitet. Auch das Miterbbaurecht, die Herstellung eines miteigen-

[1]) Nicht unbestritten. Die überwiegende Meinung geht aber wohl dahin, daß bei Uebergang eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks auf mehrere Miteigentümer eine Gesamthypothek entsteht. Bejahend insbesondere Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1132 A1, Güthe-Triebel 3. Auflage, zu § 49 GO, verneinend Staudinger Bem. A I 4 zu § 1132 BGB. und Planck Bem. A 2c zu § 1132 BGB. Grundlegend für die Annahme einer Gesamthypothek war KG. v. 9. III. 05 (K. G. J. 30 A. 258) sowie RGZ 20, 270 (für das ALR.).

[2]) Vergl. hierzu besonders Gruchots Beiträge Bd. 55, Seite 674. (Die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den Miteigentümer).

[3]) RGZ. 61 397; 81 83; KGJ 27 A 146.

tumsähnlichen Gemeinschaftsverhältnisses zwischen Genossenschaft und einzelnen Mitgliedern, kann das Bauvereinsmitglied nicht nachträglich zum (beleihungsfähigen) Erbstätter am vorbelasteten Genossenschaftserbbaurecht machen. Zwar läßt sich ein solches Gemeinschaftsverhältnis ohne Mitwirkung des Grundeigentümers herstellen, da für die ideelle Teilung eine Grundstücksteilung nicht Vorbedingung ist[1]). Aber die praktisch undurchführbare Pfandentlastung des an sich für die Hypothek (am EB-Recht) forthaftenden Erbstätter-Anteils setzt dem Gebrauch der Rechtsform unüberbrückbare Schwierigkeiten entgegen.

Die Feststellung, daß ein Dritter (Bauvereinsmitglied) am vorbelasteten Genossenschaftserbbaurecht keine beleihungsfähige Teil-, Miet- oder Unterberechtigung erlangen kann, läßt den Schluß zu, daß eine Baugenossenschaft ein von der Stadtgemeinde an sie ausgegebenes Gesamterbbaurecht für ein größeres (ungeteiltes) Erbbaugelände nur so verwerten kann, daß sie entweder selbst baut und die von ihr errichteten Häuser an ihre Mitglieder vermietet oder aber überhaupt nicht baut, sondern sich dazu entschließt, das gesamte Erbbaugelände in Erbbaurecht weiterzugeben. Denn wenn die Genossenschaft ihrerseits baut, — um demnächst die Erbbauhäuser an ihre Mitglieder zu vermieten — und zu diesem Zweck das EB-Recht hypothekarisch belastet, so kann sie nicht später dazu übergehen, einzelnen oder mehreren Siedlern (Mitgliedern) Erbbaurechte an ihrem Erbbaurechte zu bestellen. Diese Erbbaurechte, seien es Unter-, Teil-, oder auch Miterbbaurechte, würden nicht beleihungsfähig sein.

Nur unter der Voraussetzung, daß die Genossenschaft ihr Erbbaurecht nur zu dem ausschließlichen Zweck verwerten will, daß die Bauvereinsmitglieder Teil-, Mit- oder Untererbstätter werden sollen, läßt sich die Frage bejahen, ob ein Dritter (Bauvereinsmitglied) nachträglich (beleihungsfähiger) Erbstätter am bestehenden Genossenschaftserbbaurecht werden kann. Der erforderlichen Teilung des EB-Rechts und des Grundstückes stehen dann nicht die unüberbrückbaren Hindernisse der Vorbelastung entgegen. Erforderlich bleibt

[1]) Die ideelle Teilung begründet nicht mehrere EB-Rechte am Grundstück, sondern ein gemeinschaftliches EB-Recht. Grundbuchliche Veränderungen vollziehen sich nur insofern, als die Anteile der Miterbstätter im Erbbaugrundbuch anzugeben sind. (§ 48 GO.) Eine Anlegung von Erbbaugrundbüchern für die Anteile würde nicht erfolgen, da besondere Grundbuchblätter gemäß § 3 GO. nur für besondere Grundstücksteile anzulegen sind.

für die Teilung zu Zwecken der Veräußerung oder Belastung (mit Untererbbaurechten) die Zustimmung des Grundeigentümers. Sie mag zu erlangen sein, erzwungen werden kann sie nicht.

Unter diesen Umständen mag auch dem in dieser Abhandlung so benannten Miterbbaurecht eine gewisse praktische Bedeutung zukommen, soweit für eine nachträgliche Erbbaurechtsteilung zu Zwecken der Weitergabe des EB-Rechts (insbesondere in Untererbbaurecht) die erforderliche Zustimmung des Grundeigentümers im Einzelfall nicht erlangt wird.

Materialien.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 3 (1914).
Dietzsch: Die Praxis des Erbbaurechts (1907).
Erman: „Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau" (Münster i. W. 1907).
derselbe: „Das Untererbbaurecht' im Archiv für die civilistische Praxis. Neue Folge, 6. Band, Heft 2, Seiten 214 ff. (1927).
derselbe „Das Untererbbaurecht" im Archiv für die civilistische Praxis.
derselbe: Das Erbbaurecht, Dtsche. Jur. Zeitg. 1910, 562 ff.
derselbe: „Das Untererbbaurecht" im Deutschen Wohnungsarchiv", Zentralblatt für das gesamte Wohnungswesen (Verlag der Deutschen Juristenzeitung) 1. Jahrgang, Heft 14, Seiten 652 ff.) (1926).
derselbe: Rechtsformen der Volkssiedlung in „Der Kleinwohnungsbau", herausgegeben vom Verband Wohnungsbau-M.-Gladbach (1927) Seite 72—133.
derselbe: „Die Bestimmtheit des Erbbauzinses" im „Westfälischen Wohnungsblatt", Zeitschrift für Wohnungswesen, Siedlung und Baupflege, 17. Jahrgang 1927. Heft 241 ff.
Glass-Scheidt: Das Erbbaurecht der Verordnung vom 15. Januar 1919. Unter Benutzung des amtlichen Materials erläutert. Carl Heymanns, Verlag, Berlin 1919.
Güthe-Triebel, Grundbuchordnung 4 (1925).
Günther: Das Erbbaurecht (1919).
Hedemann: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (1924).
Kober-Staudinger: Kommentar zum B. G. B. III. (1926).
Kretschmar: Das neurechtliche Erbbaurecht (1919) Th. Weider, Leipzig.
Maenner: Sachenrecht (1906).
Palandt: Die Grundstücksgleichheit des Erbbaurechts in Gruchots Beitr. 64, S. 189 (1920).
derselbe: Zur Verordnung über das EB-Recht in Gruchots Beitr. 63, 657 ff.
Pesl: Das Erbbaurecht geschichtlich und wirtschaftlich dargestellt (Leipzig) 1910.
derselbe: Die Belastung des Erbbaurechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (München 1907).
Planck-Strecker: Kommentar zum BGB. (1907) und 4. Aufl. 1920 (1328 ff).
Predari: Grundbuchordnung (1907).
Reinhardt: Erbbaurecht (1901).
Samoje: Erbbaurecht (1919).
Sieskind: Erbbaurecht (1919).
Steinführer: Recht an Kellern (1906).
Strehlow: Im Jahrbuch für Nat.-Oekon. 105, 484 ff. und in Westf. Wohnungsblatt 1927, Heft 7, 284 f.
Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht 3.
Wolff: Das Sachenrecht im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Abtlg., insbes. § 104 (das Erbbaurecht).
Wittmaack: Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (München 1906. Beck'sche Verlagsbuchhandlung).

Personalien.

Der Verfasser, Hans M. W. A. Schroeder, ist am 31. Mai 1896 zu Düsseldorf geboren und besuchte von 1903—14 die dortige Vorschule und Oberrealschule an der Scharnhorststraße, in den S. S. 1915 bis zum W. S. 1917/8 die Universität Berlin und im S. S. 1919 und S. S. 1928 die Universität Münster. Die vorliegende Doktorschrift wurde im Sommer 1928 von den Herren Geh. Justizrat Prof. Dr. iur. et phil. Heinrich Erman und Prof. Dr. Hans Kreller begutachtet, das mündliche Doktorexamen vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster am 9. Januar 1929 cum laude bestanden.